

LA GARANZIA IMMOBILIARE PER CREDITI DI COSTRUZIONE

Tesi di laurea,
presentata alla Facoltà di Diritto e Scienze Economiche
dell'Università di Zurigo per il conseguimento
del titolo di dottore in legge da

PAOLO ROSSI

da Arzo (Ticino)

approvata su proposta del signor prof. dott. K. Oftinger

1952

LA GARANZIA IMMOBILIARE PER CREDITI DI COSTRUZIONE

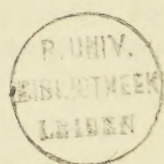
Tesi di laurea,
presentata alla Facoltà di Diritto e Scienze Economiche
dell'Università di Zurigo per il conseguimento
del titolo di dottore in legge da

PAOLO ROSSI

da Arzo (Ticino)

approvata su proposta del signor prof. dott. K. Oftinger

Bellinzona
arti grafiche Arturo Salvioni & Co.
1952



CURRICULUM VITAE

NATO IL 5 APRILE 1925 A MILANO
QUALE CITTADINO SVIZZERO HO FREQUENTATO
TUTTE LE SCUOLE A LUGANO, OTTENENDO LA LICENZA
LICEALE AL LICEO CANTONALE
NELL'ESTATE 1944. LO STESSO ANNO
M'INSCRIVEVO ALLA FACOLTA' DI DIRITTO
DELL'UNIVERSITA' DI ZURIGO CHE HO FREQUENTATO
CON RIPETUTE INTERRUZIONI DOVUTE
A SERVIZIO MILITARE FINO AL CONSEGUIMENTO
DELLA LAUREA IN DIRITTO



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Ai miei genitori

La Facoltà di diritto e di Scienze Economiche dell'Università di Zurigo
ha accettato questo lavoro senza però entrare nel
merito delle considerazioni esposte

Zurigo, il 16 dicembre 1950.

Il Decano:
Prof. dott. G. WEISS

TAVOLA DELLA MATERIA

Introduzione. pag. 7

CAP. I. *Il diritto di contestazione degli operai ed imprenditori (art. 841 CCS).* . . . pag. 9

1. Premesse
2. Le condizioni materiali del diritto di contestazione (art. 841 al. 1 CCS)

CAP. II. *L'apertura del credito.* pag. 36

1. Forme del credito
2. L'esame della domanda di mutuo
3. L'apertura ed utilizzazione del credito . .
4. Il diritto di pegno degli artigiani sui sussidi concessi per la costruzione di case d'abitazione

CAP. III. *La copertura del credito.* pag. 63

1. Forme della garanzia
2. L'estensione della garanzia immobiliare sugli accessori
3. L'estensione del credito garantito

Letteratura consultata pag. 75

Annessi pag. 78

ABBREVIAZIONI

Bl.	=	Blätter für zürcherische Rechtssprechung.
CCS	=	Codice civile svizzero.
CO	=	Codice delle Obbligazioni.
LEF	=	Legge d'esecuzione e fallimenti.
Mess.	=	Messaggio 28 maggio 1904 accompagnante il CCS.
Motivi	=	Motivi (dell'Avamprogetto).
Rep.	=	Repertorio di Giurisprudenza patria.
SJZ	=	Schweizerische Juristenzeitung.
TF	=	Decisioni del Tribunale Federale.
ZSR	=	Zeitschrift für schweizerisches Recht.

INTRODUZIONE

Le distinzioni terminologiche operate nel campo dei negozi di credito e condotte secondo criteri e segni di differenziazione diversi, hanno invero determinato nella pratica più una serie di contrapposti concettuali moventesi su piani particolari, che non un organico succedersi di concetti superiori e derivati. Meglio che formulare vere e proprie definizioni varrà in questo caso mettere in luce le ragioni di problema e caratteristiche della particolare operazione di credito.

S'intende per credito di costruzione il finanziamento mediante capitali mutuati di nuove opere edilizie o costosi lavori di riattazione a vecchi fabbricati. Il proprietario-appaltante copre il proprio fabbisogno in danaro e liquidità ricorrendo ad uno stanziamento di crediti, che investe ed assicura nella produzione di nuovi valori e beni immobiliari: crediti produttivi, concessi ed utilizzati per uno scopo particolare. Già in questo senso devesi terminologicamente differenziare il credito di costruzione dal credito fondiario edilizio. Quest'ultimo si propone di concedere a proprietari d'immobili i mezzi necessari alla conservazione ed al miglioramento dei loro beni, crediti concessi su garanzia ipotecaria e che possono servire in modo più generale all'estinzione di obbligazioni onerose, al pagamento del prezzo residuale di acquisto, al restauro di stabili, ecc.: od appunto, secondo definizioni correnti, per riscattare mutui fatti per la costruzione, convertendo così il debito con obbligo dell'intero rimborso del capitale in un debito ammortizzabile a rate.

Al medesimo modo viene contrapposto il credito di costruzione nel linguaggio pratico e bancario, ed a sua originalità, allo stesso credito ipotecario: contrapposizione di concetti invero l'uno subordinato all'altro, ma che vuole sottolineare accentuando sui termini lo scopo cui viene utilizzato il credito medesimo. Il credito ipotecario è concesso in considerazione semplicemente della garanzia immobiliare offerta, indipenden-

temente dunque dall'impiego cui i danari di mutuo potranno servire; il credito di costruzione viene invece rilasciato per uno scopo esattamente determinato e dichiarato, che assurge come tale a vera e propria condizione per una rimessa del mutuo, poggiando infatti la richiesta di credito e così l'offerta di un'adeguata garanzia non sui valori già costituiti, ma essenzialmente della costruzione progettata. In pratica anche viene il credito di costruzione spesso identificato con una particolare forma di negozio: con il contratto di apertura di credito. Si parla pure correntemente di un «consolidamento» ¹⁾ del credito di costruzione in un credito ipotecario dove questo starebbe a quello come il mutuo fisso all'accreditamento in conto corrente. Quanto invero già equivale a ridurre l'essenza del problema ad un'ulteriore singolarità in campo del tipico.

Abbiamo tenuto quale linea direttiva nel presente lavoro il momento particolare della garanzia ipotecaria, pensando di tratteggiare così con maggior chiarezza gli spunti almeno di problema propri al credito di costruzione. Già eravamo in chiaro sulle difficoltà che avrebbe comportato la trattazione di un soggetto di valore ed interesse squisitamente pratici; ancora sull'impossibilità di individuare lo stesso entro confini netti e marcati, senza sfumare in campi più generali, ma intrinsecamente legati, vuoi per vitalità economica, vuoi per sceneggiatura giuridica, al problema di centro. Ci siamo sforzati così di ridurre l'essenza e particolare fisionomia del soggetto propostoci entro uno schema chiaro ed adeguato, evitando ogni inutile dilungazione su argomenti di carattere più generale: senza pretendere per questo d'averne compiutamente fissati gli aspetti particolari.

Ci è qui grato dover ringraziare quanti vollero esserci di aiuto e consiglio nello svolgimento di questa tesi, in particolare il Prof. Dr. K. Oftinger, il Dr. H. Zimmermann, il Dr. H. Peter per le informazioni e materiale messi gentilmente a nostra disposizione.

¹⁾ E. Duraz: «Système et technique bancaire suisses», pag. 94.

CAPITOLO I.

Il diritto di contestazione degli operai ed imprenditori (Art. 841 CCS).

I. PREMESSE.

La garanzia immobiliare costituita per un credito di costruzione può praticamente venir pregiudicata, oltre che da una insufficienza effettiva del valore acquisito dall'oggetto di pegno, da una contestazione del diritto pignoratizio di rango anteriore da parte di creditori privilegiati. Il nostro Codice Civile conferisce ad imprenditori ed operai che abbiano fornito materiali e lavoro per costruzioni od altre opere eseguite sopra un dato fondo, la facoltà di garantirsi dei crediti derivanti dalle loro prestazioni mediante la costituzione di un pegno immobiliare (ipoteca legale) sopra il fondo medesimo (art. 837 al. 3) ¹⁾. Il diritto alla costituzione dell'ipoteca è di natura reale e può esser fatto valere di fronte a chiunque in quel momento appaia come il proprietario del fondo da gravare ²⁾. Questo diritto è inoltre completato dal diritto di contestazione riservato, sotto determinate condizioni (art. 841 CCS), ai creditori privilegiati nei confronti del creditore pignoratizio anteriore: chè rischierebbe altrimenti il singolo ar-

¹⁾ La legge conferisce soltanto la facoltà di chiedere la costituzione di un diritto di pegno mediante iscrizione nel registro fondiario, e non il diritto stesso di pegno: la legge non produce dunque effetto se non come causa giuridica (vedi Leemann, art. 837, N. 2).

²⁾ Vedi Leemann, art. 837, N. 25 ss.; Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 1914, pag. 368 ss.; Motivi 280/81. Di parere contrario Wieland: SJZ 9, pag. 81 ss.

tigiano, il grado delle ipoteche legali venendo determinato dalle regole generali, di venir praticamente escluso dalla garanzia lui spettante sul valore stesso della costruzione, ogniqualvolta risultasse il fondo all'iscrizione del pegno legale già sovraccarico di ipoteche ordinarie. La protezione degli imprenditori ed operai consiste quindi in una combinazione d'ipoteca legale senza grado privilegiato da un lato, e di un diritto condizionale a contestazione nei confronti dei creditori pignoratizi di rango anteriore dall'altro.

A contestare precedenti diritti di pegno sono legittimati gli artigiani ed appaltatori che si siano fatti costituire sul fondo delle ipoteche per crediti derivanti dalla costruzione (Mess. 81). Il diritto alla costituzione di un'ipoteca legale dipende da determinate condizioni materiali: ne richiamiamo i tratti essenziali:

- a) Si considerano, a termine di legge, come aventi diritto all'iscrizione dell'ipoteca gli operai ed imprenditori che abbiano fornito « materiale e lavoro, o lavoro soltanto » (art. 837 al. 3) per l'opera di costruzione. Legittimati sono dunque quanti si siano obbligati a prestazioni in base ad un *contratto d'appalto* (art. 363 ss. CO) ³⁾, mentre esclusi dal privilegio sono: il semplice venditore, il fornitore cioè di materiale o cose, che pur essendo da lui fabbricate non hanno il carattere di cose fungibili ⁴⁾; lavoratori (manovali e braccianti) che fanno prestazioni

³⁾ In questo senso la dottrina e la giurisprudenza del Trib. Fed. Cf. Leemann, art. 831, N. 34; Walder pag. 22; Motivi 276 ss.; Mess. 81. Tra le ultime sentenze del Trib. fed.: TF 65 II 1, 72 II 347.

⁴⁾ Cf. pag. 21. Al fornitore di cose infungibili, apprestate appositamente in base ad un contratto d'appalto per una determinata costruzione, è invece riconosciuto, anche se non le avesse egli stesso incorporata all'immobile, il diritto all'ipoteca legale. Crediti derivanti da prestazioni fornite in base ad un negozio misto tra un contratto di compra-vendita ed un contratto d'appalto, chiamato nella terminologia tedesca « *Werklieferungsvertrag* » (letteralmente tradotto: contratto di consegna d'opera) vengono quindi inclusi fra i crediti privilegiati (TF 72 II 347).

in base ad un contratto di lavoro ⁵⁾; eventuali mandatari, nel caso l'architetto per il credito relativo ai suoi onorari ⁶⁾.

Indifferente è che il contratto d'appalto venga direttamente stipulato con il proprietario del fondo (creditori diretti) o con una persona intermedia, un imprenditore di opere edilizie ad es. cui il proprietario ha commesso la costruzione di una casa (creditori indiretti, cottimisti): a tutti i creditori, diretti od indiretti, viene espressamente riconosciuto un diritto per sé stante alla costituzione di un'ipoteca legale ⁷⁾.

- b) Il diritto all'iscrizione dell'ipoteca è in linea di tempo limitato: l'iscrizione deve avvenire al più tardi entro tre mesi dal compimento dei lavori. Il termine di tre mesi è inteso quale termine di perenzione, dopo il suo decorso l'iscrizione (provvisoria o definitiva) di un pegno legale non sarà dunque ed in alcun caso più ammissibile (art. 839 al. 2).

Il termine decorre individualmente per ogni singolo creditore a partire dall'ultimazione del lavoro che gli incombeva; ed individualmente per ogni singolo credito qualora l'operaio od imprenditore abbia lavorato in virtù di diversi contratti, agli stessi corrispondendo altrettanti crediti. Le prestazioni di lavoro occorrenti per l'adempimento di un singolo contratto di appalto vanno pertanto considerate come un unico tutto. Il compimento del lavoro non deve invece ritenersi escluso da lavori non ancora eseguiti di poca importanza intenzionalmente diffe-

⁵⁾ Cf. Motivi 280. « Für die gewöhnlichen Arbeiter, die in einem Dienstvertragverhältnis stehen, besteht das Privileg nicht, da ihre Forderungen stets in kurzer Frist fällig werden und sie nicht genötigt sind, auf längere Zeit Kredit zu gewähren. » (Bl. 29, N. 39, consid. c/).

⁶⁾ Infondata quindi l'affermazione del Trib. Fed., secondo la quale nell'interpretazione della legge non si potrebbe ammettere il privilegio a favore dell'architetto, tanto s'egli stia con il committente nel rapporto del mandato (come avviene di regola) quanto in quello dell'appalto. (Sent. 12 dic. 1935 del Trib. Fed., Günther e. Fehr). Vedi pag. 23.

⁷⁾ Art. 831, cp. 3, ultimo capoverso CCS; Motivi 280; vedi pag. 52.

riti, nonchè da quelli con i quali si siano semplicemente sostituite delle parti difettose già fornite o corretti altrimenti dei difetti ⁸⁾).

- c) La costituzione di un'ipoteca legale richiede in principio il riconoscimento del credito da parte del proprietario o nel caso contrario una fissazione giudiziale del medesimo. Ancora ha il proprietario facoltà di offrire in sua vece altra sufficiente garanzia (vedi Leemann, art. 839. N. 24-32).

Avviene raramente in pratica che il creditore privilegiato chieda prematuramente un'iscrizione dell'ipoteca legale, anche preferendo egli facilitare così un'eventuale richiesta di mutuo da parte del proprietario-costruttore ad enti privati ed assicurarsi nel caso un pagamento regolare e relativamente rapido dei propri crediti, che ricorrere, se non quale ultima misura, alla costituzione del diritto di pegno. Dovesse già risultare a Registro, al momento di una stipulazione di mutuo, un'ipoteca legale dell'imprenditore, neppure rimarrebbe praticamente all'accreditante la possibilità di chiedere una cessione del credito garantito dall'ipoteca, e subentrare in tal modo nei diritti e privilegi del cedente ⁹⁾, nulla garantendogli nella realizzazione una copertura totale del credito medesimo (art. 840 CCS). Un'estinzione dell'ipoteca mediante versamenti dal mutuo deve in genere parimenti escludere (cf. pag. 26).

Il mutuante penserà piuttosto ad evitare e prevenire nel possibile, quale prima misura precauzionale, l'iscrizione di ipoteche legali di rango posteriore e successivamente accese ad apertura avvenuta del credito di costruzione. E' chiaro che

⁸⁾ Vedi sull'argomento: Leemann, art. 839, N. 8 ss.; Ramseyer pag. 57 ss.; TF 39 II 209, 40 II 24, 48 II 50, 53 II 218; 471 76 II 139; Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 1914, pag. 248 ss.

⁹⁾ Il diritto d'ipoteca degli imprenditori ed operai e relativo diritto di contestazione, non essendo di carattere strettamente personale, possono essere per sè validamente ceduti: cf. TF 53 II 467; nello stesso senso Walder pag. 29, Hofmann pag. 58: « Nicht bestimmter Personen, sondern bestimmter Forderungen wegen bestehen die gesetzlichen Pfandrechtsansprüche ».

il fatto di disporre il proprietario appaltante, al momento della domanda di iscrizione, d'una nuova sorgente di credito, appositamente ed espressamente concessa a finanziamento dell'opera di costruzione, ancora non possa venir considerato quale una garanzia sufficiente ai sensi dell'art. 839 al. 3: a parte che per una tacitazione dei crediti privilegiati pure si renderà in pratica necessaria la concorrenza di mezzi finanziari propri dello stesso proprietario od eventualmente lo stanziamento di ulteriori mutui, tanto sarebbe invero presupporre che con il versamento anche sia sufficientemente garantita una ripartizione proporzionale dei danari di mutuo tra tutti gli operai ed imprenditori (cf. II, C/2). Ugualmente non potrà esser fatto assegnamento su una dichiarazione di rinuncia da parte dell'artigiano al diritto d'ipoteca legale, per il prescritto coercitivo dell'art. 837 cp. 2, invalidante, ogni dichiarazione in urto al prescritto risultando — giusto l'art. 20 CO — nulla, una rinuncia « preventiva » al diritto stesso. Una rinuncia sarà conseguentemente valida e potrà dal proprietario esser invocata unicamente se pattuita a conclusione avvenuta del contratto d'appalto ¹⁰). Nulla sarà pure ogni pattuizione che si prefiggesse di eludere la legge, così l'obbligo assunto dall'artigiano alla conclusione del contratto di rinunciare più tardi, senz'altra garanzia, all'ipoteca legale, similmente la dichiarazione di pagare una pena convenzionale, qualora fosse fatto valere il diritto all'ipoteca, ecc. (Cf. Leemann, art. 837, N. 62). La legge appunto vuole impedire che l'operaio od imprenditore venga praticamente posto nella condizione di rinunciare in precedenza al diritto d'ipoteca o di perdere la congiuntura di lavoro (Boll. sten. del Cons. Naz. 16, pag. 647, 633). Nulla sarà pure una preventiva rinuncia all'esercizio del diritto di contestazione (art. 841), se dichiarata, analogamente, prima che siasi avverata una perdita pignorizia ¹¹).

Nell'intento di prevenire un'eventuale iscrizione di ipo-

¹⁰) Cf. Leemann, art. 837, N. 59; Hofmann pag. 58; Simond pag. 193.

¹¹) Cf. Leemann, art. 841, N. 56.

tecche legali l'accreditante potrà per contro sensibilmente contribuire a rafforzare i motivi di affidamento da parte degli artigiani nei riguardi dei finanziatori della costruzione, provvedendo sin dall'inizio con pagamenti successivi ad una regolare ripartizione dei danari di mutuo tra tutti i creditori privilegiati: ciò facendo già si assicurerà personalmente contro una contestazione del proprio diritto di pegno da parte dei futuri possessori d'ipoteche legali.

II. LE CONDIZIONI MATERIALI DEL DIRITTO DI CONTESTAZIONE (art. 841, al. 1 CCS).

A) *I crediti degli operai ed imprenditori hanno subito in tutto od in parte una perdita « nella realizzazione del pegno ».*

Richiesta è una perdita subita dal singolo artigiano nell'esercizio della sua ipoteca legale; indifferente è quindi che il creditore ancora si lasci ed altrimenti soddisfare, così mediante nuove disponibilità dello stesso proprietario, fideiussioni, od altre garanzie. L'esercizio del privilegio non presuppone nè un'escussione del debitore (padrone della costruzione) in via di pignoramento, nè l'effettuazione di un'esecuzione in via di fallimento da dirigere contro di lui ¹²⁾. Limitandosi l'art. 841 al. 1 a regolare per determinati crediti unicamente una particolare forma di garanzia, anche e già nei riguardi di detta garanzia immobiliare deve si ravvisare una « perdita » subita dal singolo operaio od imprenditore ¹³⁾.

B) *Il diritto di pegno del creditore pignoratizio anteriore grava il fondo, fatta considerazione dell'importo del cre-*

¹²⁾ Cf. Leemann, art. 841, N. 8; TF 43 II 608, consid. 1.

¹³⁾ « Anderseits war der Eigentümer und Bauherr mittellos... Unter diesen Umständen war es für den Beklagten erkennbar, dass die andern Bauhandwerker Gefahr liefen, weder aus dem bei einer allfälligen Zwangsverwertung der Liegenschaft zu erzielenden Erlös, noch sonstwie Befriedigung erlangen zu können.. » (TF 51 II 129/30). La riconoscibilità basterà invero venga limitata ad un pregiudizio della garanzia immobiliare riservata agli artigiani ed appaltatori.

dato garantito e grado del diritto, oltre il valore iniziale del terreno.

La legge stabilisce testualmente che qualora i crediti degli operai ed imprenditori subiscano nella realizzazione del pegno una perdita, la differenza dovrà essere risarcita sulla quota del ricavo eccedente il « valore del suolo » assegnata ai creditori pignorati anteriori. Il tenore della disposizione si appalesa invero troppo restrittivo, potendosi nel caso trattare non necessariamente di una nuova costruzione, ma bensì di semplici riparazioni, od aggiunte, dove il privilegio riservato agli artigiani ed appaltatori deve pertanto venir limitato al plus-valore acquisito dal fondo per l'esecuzione dei lavori. L'idea fondamentale dell'ipoteca legale consiste in ciò, che l'aumento di valore di un fondo procacciato dai lavori di costruzione o riattazione sullo stesso deve servire in prima linea a garantire i crediti spettanti in conseguenza delle loro prestazioni agli operai ed imprenditori ¹⁴). Converrà quindi interpretare il testo di legge nel senso che determinante per la fissazione della quota deducibile agli effetti di una contestazione sia in genere lo stato del fondo (semplice terreno, stabili, ecc.) al momento del principiare dei lavori. Il terreno, ed eventuali opere già annesse, verranno pertanto valutati al momento stesso della realizzazione del pegno ¹⁵). Sarebbe estraneo al senso stesso del provvedimento voler concedere agli imprenditori ed operai la precedenza a garantirsi sul maggior valore del fondo risultante ad esempio dal rincaro subito nel frattempo dal prezzo del suolo, o dei costi per materiale o mano d'opera nei riguardi di fabbricati preesistenti. La quota così stabilita verrà dedotta una volta per tutte, precisamente dalla parte del ricavo afferente al creditore o creditori pignorati, i cui diritti di pegno ancora risultino coperti, almeno

¹⁴) Motivi 280 ss; TF 43 II 611; Leemann, art. 837, N. 11.

¹⁵) Parleremo semplicemente per il seguito di « valore del terreno » o « valore del fondo al momento dell'iniziare dei lavori », appunto intendendo lo stato del fondo al principiare della costruzione, e valutato al momento della realizzazione del pegno.

parzialmente, dal valore del fondo non attribuibile all'attività degli artigiani. Escluse naturalmente sono eventuali ipoteche legali di rango anteriore.

Un'azione di contestazione ai sensi dell'art. 841 al. 1 non sarà dunque praticamente ricevibile quando l'aggravio del fondo dovuto all'iscrizione di un diritto pignoratizio anteriore non eccede in ultima analisi il valore del semplice terreno al momento della realizzazione; praticamente, ed anche non potendo invero esser questione di un danno arrecato ai creditori privilegiati. Diversamente, un diritto di pegno (ordinario) di rango anteriore graverà il fondo a pregiudizio di artigiani ed appaltatori tosto chè l'aggravio stesso dovesse coinvolgere anche il maggior valore procacciato al fondo dall'esecuzione dei lavori. Irrilevante è il momento in cui sia avvenuto l'aggravio — se molto tempo innanzi l'inizio della costruzione ¹⁶⁾ o solo immediatamente prima dell'esecuzione di questa, o durante la medesima. Determinante è che l'aggravio stesso superi il valore del fondo al momento del principiare dei lavori, inteso dunque quale inizio della costruzione nel suo complesso, e non delle prestazioni di singoli operai od imprenditori. Pregiudicata verrà così la garanzia spettante al creditore privilegiato anche nel caso in cui l'importo dell'ipoteca contrattuale, accesa a copertura di un credito aperto solo a lavori iniziati, non dovesse superare il valore già acquisito dal fondo al momento dell'iscrizione del diritto di pegno. Una contraria interpretazione estensiva dell'art. 841 non sembra invero validamente operabile ¹⁷⁾.

Nonostante sia nella legge (testo italiano e francese) fatta unicamente parola di una « costituzione » del diritto di pegno ordinario, devesi ammettere che motivante e giustificante una azione di privilegio sia non solo la costituzione di un pegno

¹⁶⁾ Così nel caso di un'ipoteca costituita su un vecchio fabbricato, successivamente abbattuto: sul terreno rivalorizzato è costruito il nuovo stabile. Aperta e determinante rimane la questione della riconoscibilità del pregiudizio arrecato.

¹⁷⁾ Cf. Bl. N.F. 36, pag. 324; TF 67 II 111; così pure Leemann, implicitamente: art. 841, N. 17.

contrattuale di rango anteriore, ma bensì ogni forma di negozio con titoli ipotecari, indifferentemente quindi dalla loro data d'iscrizione, risultante di pregiudizio agli operai ed imprenditori: azione proponibile quindi — in principio — contro chiunque partecipi, a termine di detto negozio, alla realizzazione del pegno. In questo senso si esprimeva pure il Trib. Fed., riferendosi al caso particolare di una cartella ipotecaria al portatore, appartenente al proprietario del fondo e dallo stesso data in pegno al creditore convenuto ¹⁸⁾: nella sentenza veniva rilevato come il danno derivante nella fattispecie agli imprenditori anche solo provenisse dall'utilizzazione del titolo da parte del possessore del pegno (debitore) ¹⁹⁾. Il Trib. Fed. si è limitato a precisare ²⁰⁾, esser l'aggravio sul fondo pregiudicevole in sé non per l'iscrizione a Registro della cartella ipotecaria, ma solo in quanto esista un diritto del detentore (art. 816 CCS) a tacitarsi sul ricavo della realizzazione. Aperta rimane così la questione, se passivamente legittimato pure risulti il possessore di un titolo ipotecario, ricevuto direttamente in pegno da altra persona che il proprietario del fondo gravato, od analogamente, l'acquirente del credito nel caso di alienazione del credito pignoratizio anteriore.

Secondo Leemann la legittimazione passiva verrebbe in particolare influenzata dalla specie stessa del diritto di pegno immobiliare e dovrebbero così distinguere già a priori (per una alienazione del credito pignoratizio) una dualità di casi, a dire fra ipoteca da un lato e cartella ipotecaria (rendita fondiaria) dall'altro. Trattandosi di un'ipoteca, gli operai ed imprenditori potrebbero sempre far valere il loro diritto di contestazione verso l'attuale portatore della medesima, anche se questi avesse acquistato il credito pignoratizio in buona fede. « Se il contestabile diritto pignoratizio anteriore — argomenta Leemann (art. 841, N. 46) — è un'ipoteca, l'acquirente del credito non può pretendere ad una posizione giuridica

¹⁸⁾ Vedi pag. 65, nota 5.

¹⁹⁾ Il titolo non ancora consegnato dovrebbe infatti essere cancellato all'atto della realizzazione del pegno. (Art. 815 CCS).

²⁰⁾ Cf. pure Bl. N.F. 26, pag. 39.

diversa da quella che sarebbe devoluta al cedente ». Diversamente per la cartella ipotecaria: gli artigiani mai potrebbero avere il sopravvento di fronte l'acquirente del diritto di pegno, qualora (art. 865, 866 e 3 CCS) fosse egli stato in buona fede al momento stesso dell'acquisto (Leemann, art. 841, N. 48) ²¹⁾. Anche riconoscendo al diritto di contestazione dell'art. 841 natura reale ²²⁾, non vedesi invero come si lascino applicare per analogia gli art. 865, 866 CCS e 169 CO (nei confronti dell'ipoteca), limitandosi detti articoli a regolare le eccezioni opponibili al cessionario da parte del debitore (ed a quella del debitore certo non può esser paragonata al riguardo la posizione del creditore privilegiato) ed a creare per le cartelle ipotecarie (rendite fondiarie) un ampliamento del principio di pubblicità sanzionato dall'art. 973 CCS. Se l'acquirente del credito garantito dall'ipoteca non può pretendere ad una posizione giuridica « diversa da quella che sarebbe devoluta al cedente », anche con minor ragione dovrà al riguardo risultare la stessa pregiudicata in precedenza: applicabile per analogia sembra essere non l'art. 169, ma piuttosto l'art. 170 CO. E pregiudicata sarebbe la posizione dell'acquirente qualora si ammettesse il diritto di contestazione degli artigiani verso l'attuale detentore del diritto di pegno (ipoteca), anche se questi non avesse potuto riconoscere il pregiudizio già arrecato ad eventuali creditori privilegiati e non avesse avuto nessuna contezza della contestabilità del pegno nei confronti del precedente creditore pignoratizio: questa risultando invece a nostro avviso la condizioni soggettiva dell'art. 841 al. 1, applicata in particolare all'acquirente del credito, ed in genere all'attuale possessore del titolo, indipendentemente dunque dalla specie del diritto di pegno. L'esercizio di un diritto di contestazione è così in ogni caso escluso, se già era lo stesso irricevibile nei confronti del precedente creditore. Richiesto è altrimenti che il creditore pignoratizio riconoscesse o dovesse

²¹⁾ Pure in questo senso si esprimeva il Trib. Fed.: ST 43 II 610. Poco chiaro Wieland, art. 841, N. 4.

²²⁾ Cf. Leemann, art. 841, N. 4; Ramseyer pag. 72 ss.; TF 43 II 611.

riconoscere al momento dell'acquisto del titolo (in proprietà o quale pegno manuale) come l'azione di contestazione già fosse proponibile nei riguardi del creditore cedente. La legittimità passiva del nuovo possessore del titolo si lascia dedurre da una interpretazione estensiva dell'art. 841; o con una *contradictio in adjecto*: la sostituzione del creditore pignoratizio anteriore pure tornando di pregiudizio alla garanzia reale spettante ai creditori privilegiati e praticamente ancora recuperabile prima dell'avvenuta sostituzione con azione diretta contro il creditore precedente ²³). Ma anche devesi rispettare d'altro canto la condizione stessa soggettiva (perchè tale rimanga) quale eccezione *opponibile dal creditore pignoratizio convenuto* e partecipante alla realizzazione del pegno ²⁴).

C) *L'aggravio del fondo eccedente il valore del suolo è tornato di pregiudizio agli imprenditori ed operai.*

1. — Un aggravio che ecceda il valore iniziale del terreno — osservavamo — è, oltre che premessa per la praticabilità dell'azione di contestazione, in altro senso *conditio sine qua non* per lo stesso derivare di un pregiudizio ai creditori privilegiati. Che un danno venga effettivamente arrecato, questo dipenderà: dall'esistenza (ed importo) del credito garantito, dal modo d'impiego dei danari mutuati. In particolare, nel caso di un credito di costruzione, ancora si richiederà dunque un effettuarsi dei versamenti dal mutuo e l'utilizzazione del credito per un importo superiore al valore iniziale del fondo. Devesi logicamente dedurre, che nessun pregiudizio sarà nella fattispecie arrecato agli artigiani, qualora il mutuo, e non necessariamente nella sua totalità, ma lo stesso ridotto di una quota corrispondente al valore del semplice terreno ²⁵), do-

²³) L'art. 841 al. 2 dà all'artigiano un diritto di risarcimento verso l'alienante del titolo, ma nessuna garanzia.

²⁴) Vedi, per un confronto, le disposizioni regolanti gli estremi dell'azione « Pauliana », in particolare gli art. 288 e 290 LEF. Cf. Blumenstein pag. 862, Ramseyer pag. 72.

²⁵) Sempre che lo stesso già non fosse rivendicato a copertura d'altre ipoteche ordinarie (B/).

vesse venir utilizzato al servizio della costruzione. Il privilegio garantito dall'art. 841 al. 1 si estende infatti, in conformità della sua interna ragion d'essere, al plus-valore procacciato al fondo dalle prestazioni degli imprenditori ed operai, e deve allo stesso venir limitato. Agli effetti di una successiva determinazione del danno arrecato, la deduzione dovrà essere operata non sul mutuo, ma bensì sulla quota di realizzazione afferente al creditore pignoratizio anteriore.

I danari di mutuo (quota riservata al pagamento degli artigiani ed appaltatori) pure potranno esser utilizzati, senza pregiudizio alcuno, all'estinzione di diritti di pegno di rango anteriore e non soggetti da canto loro ad una contestazione dei creditori privilegiati: così di pegni immobiliari costituiti tempo addietro e non eccedenti il mero valore del suolo, d'ipoteche accese a copertura di crediti precedenti e regolarmente impiegati nella costruzione, o la cui contestabilità non sia ravvisabile ²⁶⁾. Tra i diritti di pegno esclusi da un'azione di privilegio non si lasciano per contro necessariamente annoverare garanzie immobiliari *contratte* da singoli artigiani. Una azione di contestazione anche è ricevibile nei confronti dell'imprenditore od operaio, il cui credito fosse garantito da un diritto di pegno ordinario e tornasse in modo riconoscibile di pregiudizio ad altri interessati nella costruzione (titolari d'ipoteche legali) ²⁷⁾. La quota sul prezzo d'aggiudicazione riservata agli imprenditori ed operai risulterà infatti anche troppo spesso inferiore alla somma globale dei crediti privilegiati iscritti: un soddisfacimento integrale delle pretese di un artigiano, mediante l'assegnazione dunque della parte di realizzazione afferente al pegno convenzionale del medesimo, comporterebbe in questo caso una riduzione di tutte le quote

²⁶⁾ Si lascia qui applicare per analogia quanto da noi argomentato nei riguardi dell'acquirente di un credito (vedi pag. 18 ss.).

²⁷⁾ In questo senso il Trib. Fed.: TF 51 II 126, consid. 4 (...« das einem einzelnen Bauhandwerker für seine Bauforderung vertraglich eingeräumte Pfandrecht, durch welches das Baugrundstück in einer für ihn erkennbaren Weise zum Nachteil der übrigen Bauhandwerker belastet worden ist, die ein Pfandrecht im gleichen Range nun nicht mehr erhalten. »).

che verrebbero altrimenti, fosse l'artigiano pure garantito da ipoteca legale (art. 840 CCS), a rifluire alla liquidazione del pegno nelle mani dei singoli e rimanenti creditori privilegiati; e così un pregiudizio di quest'ultimi (cf. C/2). Non rimarrà in tal caso che posporre il proprio diritto di pegno all'ipoteca ordinaria dell'artigiano, riducendo il prestito in proporzione qualora già fossero raggiunti i limiti di sicurezza.

Questione più dibattuta è se l'importo del credito riservato ai creditori privilegiati possa in principio esser impiegato (oltre che all'estinzione di ipoteche qualificate) anche per il pagamento, in parte, di semplici forniture di materiale, o se al contrario debbasi ravvisare in ogni versamento effettuato ai fornitori ²⁸⁾ un sicuro pregiudizio arrecato agli imprenditori ed operai. E' in primo luogo bene precisare, volendo cogliere anche con maggior esattezza lo spirito della legge, che spettante in prima linea a garanzia dei crediti vantati dagli appaltatori ed artigiani non è «l'aumento di valore di un fondo procacciato da costruzioni sullo stesso» (Leemann, art. 841, N. 11), ma bensì e soltanto il *plus valore dovuto alle prestazioni degli stessi creditori privilegiati*. Ad aumentare il valore del fondo concorrono, tra gli altri, anche i semplici fornitori. Se la legge ha riconosciuto solo a quanti interessati alla costruzione in base ad un contratto d'appalto il diritto a richiedere la costituzione di un'ipoteca legale, questo avveniva per ragioni d'equità. Mentre contribuiscono gli imprenditori ed operai da un lato ed in misura essenziale ad aumentare il valore del fondo fabbricato, loro è praticamente preclusa dall'altro, date le consuetudini e le condizioni di concorrenza, la possibilità di pattuire pagamenti anticipati o di esigere garanzie, rimanendo così costretti a far credito sulla loro mercede per lungo tempo allo scoperto; per contro meglio protetti sono i fornitori, potendosi essi astenere dal consegnare i materiali richiesti finchè loro ne sia pagato o garantito il prez-

28) Sono qui intesi per *fornitori* quanti siano interessati alla costruzione in base ad un semplice contratto di compra-vendita (cf. I/a/).

zo ²⁹). Non intenzione del legislatore è pertanto di privilegiare gli stessi artigiani a discapito di altri creditori pure partecipanti all'opera di costruzione ³⁰). Ingiustificato sarebbe quindi voler considerare pregiudicevole ai creditori privilegiati qualsiasi versamento dal mutuo (quota riservata) effettuato a singoli fornitori concorrenti all'opera in corso: tanto varrebbe dire che al fornitore neppure è concesso di garantirsi del proprio credito (le condizioni di concorrenza valgono anche in tema di forniture di materiale) mediante la costituzione di un diritto di pegno ordinario, questo arrecando già in principio danno agli operai ed imprenditori e contestabile quindi, qualora più non fosse coperto dal valore del terreno, per la sua somma totale. Non perchè sono i fornitori esclusi dal diritto all'ipoteca legale devesi agli stessi anche negare la facoltà di assicurare il proprio credito sulla parte almeno di plusvalore relativo alle loro forniture. Nell'errore sembra invece incorrere il Trib. Fed., allorchè argomenta: « Occorre considerare in principio che nel calcolo della partecipazione devono entrare solo i crediti di imprenditori ed operai privilegiati a' sensi dell'art. 837 n. 3 C.C., poichè soltanto questi possono trovarsi nella contingenza di pretendere a' sensi dell'art. 841 il plus valore attribuito ai creditori pignoratizi anteriori ». (Sent. 23 marzo 1939, Banca Popolare Svizzera c. Fratelli Bonomi; rep. LXXII, pag. 397) ³¹); quando lo stesso Trib. Fed. già aveva in precedenza testualmente affermato come: « Nach Art. 841 kann nicht beanstandet werden, dass die Beklagte aus dem von ihr dem Unternehmer gewährten Bau-

²⁹) Cf. Motivi 276 ss.; Mess. 81 ss.

³⁰) « Sie (Lieferanten und Architekt) tragen ebenso zur Werterhöhung bei und dem Gesetzgeber lag es fern, für die Bauhandwerker eine Sonderstellung gegenüber andern Baugläubigern zu schaffen; er wollte sie lediglich in ihrer schwächeren Position stärken ». (TF 53 II 481). Cf. ancora: Motivi 280; Boll. sten. 1906, 653, 1405.

³¹) Hofmann (pag. 95) è dell'avviso, che il Trib. Fed. non abbia voluto condannare in principio il pagamento dei fornitori ma unicamente l'importo versato, i creditori essendo stati privati nella fattispecie della quota loro spettante. Di opinione contraria Göschke, pag. 307, 346.

kredite andere Handwerker und Lieferanten bezahlt hat und sich dafür ein Pfandrecht hat bestellen lassen. Denn auch diese haben durch ihre Arbeiten und Lieferungen den im Verwertungserlöse steckenden Mehrwert schaffen helfen». (TF 43 II 612); tesi che doveva infine successivamente riconfermare (TF 67 II 106, consid. 3).

Quanto argomentavamo per i fornitori, anche vale analogamente per l'architetto cui è stato affidato l'allestimento degli schizzi, piani e preventivo della costruzione, nel caso la sorveglianza stessa dei lavori ^{31a}). La giurisprudenza federale si è invece sempre espressa a questo riguardo in senso negativo ³²). Nella sentenza 12 dicembre 1935, Günther c. Fehr, sentenza già viziata in precedenza per il non aver il Trib. Fed. fatta ben chiara distinzione tra quanto è semplice legittimazione all'esercizio di un diritto di privilegio e quanto invece è la facoltà in genere a garantirsi sul valore della costruzione (vedi sopra), si asseriva tra l'altro non godere il credito di onorario dell'architetto parimenti della tutela degli art. 837 n. 3, 841 (e quindi — secondo il Trib. Fed. — del diritto a pagarsi eventualmente, mediante pegno ordinario, su parte del valore della costruzione), poichè il lavoro dell'architetto, consistente nell'allestimento dei piani e nella sorveglianza della costruzione, non costituirebbe un lavoro il quale s'incorpori a seguito della sua prestazione nell'edificio, a differenza delle prestazioni degli imprenditori ed operai ³³). Il valore di un fabbricato non è creato invero ed unicamente da un apporto di materiale e lavoro manuale « incorporati » nell'opera, ma ancora d'altri fattori: così il piano e l'ideazione stessa della costruzione, fattori di praticità ed estetica, ecc.; od altrimenti detto, dai costi di (ri)produzione comprendenti per regola anche l'onorario dell'architetto ³⁴). Nulla sembra quindi opporsi

^{31a}) e pure analogamente per eventuali prestazioni fatte in base ad un contratto di lavoro.

³²) Cf. TF 67 II 113, 76 II 142.

³³) Vedi Nota *).

³⁴) Vedi cap. II.

in particolare a che il mutuante proceda anche per l'architetto a versamenti sul credito in proporzione al valore delle prestazioni di quest'ultimo. Un pagamento dei danari di mutuo a fornitori ed architetto sarà naturalmente escluso (od almeno limitato; e così per lo stesso imprenditore od operaio), qualora già fossero questi garantiti da un diritto di pegno immobiliare ordinario.

Si pone infine la domanda se l'accreditante debba pure riservare all'uso dei creditori privilegiati la quota sul mutuo corrispondente al lavoro o materiali forniti per la costruzione dallo stesso committente dell'opera. Riducendo la garanzia immobiliare spettante agli artigiani ed imprenditori, come rilevavamo, all'aumento di valore del fondo apportato da detti creditori, anche si dovrà conseguentemente negare loro una qualsiasi pretesa sul plus valore procacciato dalle prestazioni del proprietario-appaltante. « En soi — riconosce il Trib. Fed. (TF 67 II 116) — la demanderesse ne pourrait élever aucune prétention sur la plus-value créée de ce chef (dal committente), mais celle-ci devrait profiter au créancier de rang antérieur » ³⁵). Di parere contrario è Tomas, (SJZ 44, pag. 98) che obietta: « Gegen dieses Argument (cit. Sentenza) liesse sich nichts einwenden, wenn der Wert eine Konstante wäre...», per cui, essendo risultato il prezzo di aggiudicazione nella fattispecie inferiore al valore di stima dello stabile: « Die Fr. 76.000 — Differenz zwischen dem Normalwert von Fr. 166.000 und dem Erlös von Fr. 90.000 — stellen das Risiko dar. Dieses darf nicht durch Belehnung vom Bauherrn auf die Handwerker überwältzt werden ». Ma anche non equo sarebbe in tal caso voler esporre al rischio di una perdita soltanto il fornitore, rivendicando con una interpretazione estensiva la quota di plus-valore (o corrispondente quota del mutuo) a garanzia unicamente degli imprenditori ed operai. Il mutuante potrà ripartire la somma sul credito spettante alle prestazioni del

³⁵) Cf. pure Sent. 12 dic. 1935 del Trib. Fed., Günther c. Fehr.

proprietario appaltante ugualmente tra tutti gli interessati alla costruzione, fornitori ed artigiani.

Resta da chiarire la posizione degli operai ed imprenditori di fronte al danno loro arrecato dal decorrere degli interessi sul credito capitale, e garantiti dal pegno immobiliare. Gli interessi concorrono in tal caso a gravare il fondo, premesso che la parte sul prezzo di aggiudicazione afferente al creditore pignoratizio anteriore risulti sufficiente a coprire capitali ed interessi: questo innegabilmente a discapito dei creditori privilegiati e che si vedono così privare di parte della garanzia dovuta alle loro prestazioni senza previsione di compenso. Pertanto non si può pretendere che il mutuante rinunci alla garanzia che la legge stessa vuole estesa agli interessi sul capitale (art. 818 CCS). E se da un lato il danno è senz'altro riconoscibile (cf. D/), risulta dall'altro, per le considerazioni fatte, *inevitabile*, per cui devesi escludere, nei confronti dell'azione di contestazione, una responsabilità del mutuante ³⁶⁾. Un pregiudizio sarà invece *evitabile*, qualora lo stesso accreditante ancora disponesse di una quota sul credito coperta dal valore del terreno e così liberamente utilizzabile; non da tenersi in considerazione sono al riguardo le quote impiegabili per il pagamento dei fornitori, chè sarebbe altrimenti un voler privilegiare gli imprenditori ed operai a danno dei primi. Discutibile rimane se si possa pretendere dal creditore pignoratizio anteriore, ed in quali casi, che già preveda a tempo debito al calcolo della quota da riservare in particolare agli artigiani per eventuali interessi garantiti dal pegno immobiliare.

³⁶⁾ Cf. Oftinger, pag. 110 (« Statt von Voraussehbarkeit kann gleichbedeutend von *Vermeidbarkeit* des Schadens gesprochen werden »). In senso contrario il Trib. Fed. (Sent. 23 marzo 1939, Banca Popolare Svizzera c. Fratelli Bonomi): la Sentenza è a nostro avviso già viziata da un errore di premessa (vedi pag. 22). Poco convincente Tomas (SJZ 44, pag. 98): Meist wird der Bau erst Ertrag abwerfen, wenn alle Handwerker ihre Arbeit getan haben. Deshalb ist es billig, die Hypothekarzinsforderungen erst nach den Handwerkern zu berücksichtigen. »

2. — Il maggior valore procurato al fondo dalle prestazioni degli imprenditori ed operai è vincolato in comune a tutti i creditori privilegiati, per tutti esistendo lo stesso bisogno di protezione. Devesi dunque riconoscere al singolo artigiano ed appaltatore, a complemento della parità di trattamento loro espressamente riservata dall'art. 840, la facoltà in genere a pagarsi, mediante azione di contestazione, sul valore del fabbricato in proporzione dell'importo e valore delle prestazioni fornite. L'accreditante è così protetto dalla domanda di risarcimento dei creditori privilegiati, in quanto il mutuo da lui concesso per la costruzione sia stato effettivamente ed in modo uniforme versato a quest'ultimi ³⁷⁾. L'artigiano ha pertanto diritto alla parte di realizzazione spettante al creditore pignoratizio anteriore e contestata *nella proporzione in cui si trova il suo credito di fronte all'assieme dei crediti privilegiati, cui devesi aggiungere il valore di semplici forniture, del lavoro personale del committente e delle prestazioni dell'architetto* ³⁸⁾: la parte di ciascuno quindi non si accrescerebbe in particolare — sentenziava il Trib. Fed. (TF 67 II 106, consid. 4) — delle parti dei creditori privilegiati che non promuovono azione.

Obiettano alcuni autori, non esserci invero motivo alcuno di voler anche in tal caso limitare la quota contestabile dal singolo artigiano alla parte lui riservata qualora tutti i creditori avessero promosso azione: « In Wirklichkeit besteht kein Grund, die Partizipation des klagenden Handwerkers an der angefochtenen Hypothekarforderung auf seine prozentuale Beteiligung am Bau zu reduzieren. Mit ebensoviel Recht könnte man die Zuteilung eines Konkursgläubigers auf seinen Prozentsatz an allen Schulden des Konkursiten, einschliesslich der vor Konkursausbruch bezahlten, reduzieren » ³⁹⁾. Dev'es-

³⁷⁾ TF 43 II 612, 47 II 143, 53 II 479, 67 II 106, ecc.

³⁸⁾ Cf. TF 67 II 106, consid. 3 (rep. LXXV, pag. 107), dove non è naturalmente tenuto calcolo delle prestazioni dell'architetto (vedi C/1/). Nota 31a).

³⁹⁾ Tomas, SJZ 44, pag. 97 ss.

sere in primo luogo avvertito, riferendoci al parallelismo addotto, che una lite di contestazione ai sensi dell'art. 841 viene condotta non contro la persona di un debitore, bensì di un creditore, qui ora convenuto per non appartenere il proprio ai crediti privilegiati: la quota impugnabile solo si identifica con la garanzia *spettante* (appunto da stabilirsi) ed arbitrariamente sottratta al singolo imprenditore. Soprattutto non sembra si siano ravvisate le conseguenze sfavorevoli allo stesso artigiano, dovesse ad es. il creditore promuovere la lite solo dopo il termine di dieci giorni fissati dall'Ufficio d'esecuzioni (art. 117 del Regolamento del 23 aprile 1920, concernente la realizzazione forzata dei fondi), l'azione di contestazione restando dunque proponibile anche dopo il termine fissato: « Il n'y a là pour lui qu'une faveur; il peut parfaitement les faire valoir (ses droits) encore après coup dans le delais de prescription. Or cela ne serait plus possible si un créancier privilégié pouvait, en agissant plus tôt, se payer sur la part de collocation sans tenir compte des créances des autres entrepreneurs et artisans ». (TF 67 II 111, consid. 4). Viene ora rilevato nel citato articolo, come si trattasse nella fattispecie (discussa è la Sent. del Trib. Fed.: TF 67 II 106) di imprenditori ed operai, che già essendo stati tacitati, mai avrebbero potuto pretendere quota alcuna sul pegno contestato. Non si deve pertanto dimenticare che il fatto di essere i creditori privilegiati, concorrenti ad una lite di contestazione, già in numero ridotto, appunto dipenderà dai pagamenti effettuati ai rimanenti creditori e resi fra l'altro possibili dai mutui stanziati per la costruzione. Se un diritto pignoratizio anteriore non deve tornare di pregiudizio agli operai ed imprenditori, ancor meno dovranno questi venirne indirettamente avvantaggiati, ed a discapito dello stesso accreditante.

Il principio stesso posto dalla giurisprudenza federale, secondo il quale la parte di ciascun creditore non si accrescerebbe delle parti di quanti non promuovano azione, richiede d'altro canto alcune precisazioni che valgano a fissarne i limiti estensivi. Riportiamo per chiarezza il caso (schematizzato)

trattato dalla citata sentenza del Trib. Fed.: le spese complessive per la costruzione di uno stabile ammontano a fr. 100.000; creditori pignoratizi anteriori sono, rispettivamente in II e III rango (si presuppone essere iscritta in I rango un'ipoteca coperta dal valore del puro terreno) le due Banche *A* e *B*, ciascuna per una quota di fr. 50.000 ⁴⁰⁾. In via successiva partecipanti ai lavori sono i due imprenditori *X* e *Y*, entrambi nella proporzione del 50 %. *A* versa ad *X* i fr. 50.000, il credito di *B* viene invece impiegato integralmente per scopi estranei alla costruzione. *A* non sarebbe ora responsabile secondo il Trib. Fed. del pregiudizio derivante ad *Y*, il suo mutuo parziale essendo stato regolarmente suddiviso in proporzione delle prestazioni effettuate sino al suo esaurimento (TF 67 II 106, consid. 2a), mentre avrebbe l'imprenditore d'altro lato in principio diritto alla parte di realizzazione afferente alla convenuta (nella fattispecie la Banca *B*) « nella relazione in cui si trova il suo credito di fronte all'assieme di tutti i crediti per la costruzione » (consid. 3). Per la qual cosa sentenziava il Trib. Fed. spettare a *Y* unicamente una somma corrispondente al 50 % della quota impugnabile di *B*, vedi fr. 25.000. Da qui parte la giusta preoccupazione dell'autore (Tomas, SJZ 44, pag. 97 ss.), tendente a ricostruire la sentenza verso più equa conclusione: riconoscere ad *Y* un diritto di risarcimento verso *B* per l'intera somma di fr. 50.000. A parte il fatto che confutabile è in primo luogo e già la consid. 2a (vedi sotto), sarebbe invero eccessivo, come osservavamo, voler determinare le quote (sulla parte di realizzazione afferente al convenuto) spettanti ai singoli imprenditori in base unicamente all'importo dei crediti privilegiati iscritti; mentre troppo restrittivo appare per contro il principio posto dalla giurisprudenza, inteso a ridurre in ogni caso il diritto dell'artigiano a pagarsi sul valore della

⁴⁰⁾ Come detto trattasi di un caso schematizzato, in pratica in due prestiti raggiungeranno solo una certa percentuale dei costi di produzione (vedi cap. II, I/). Così pure si presuppone che i crediti di *A* e *B* siano stati integralmente coperti nella realizzazione del pegno.

costruzione nella proporzione in cui egli ha con il suo lavoro contribuito a creare il maggior valore del fondo.

Si lascia considerare quanto segue: il diritto dell'imprenditore a soddisfarsi mediante azione di privilegio in proporzione alle prestazioni da lui fornite è piuttosto e semmai giustificato in quanto proposto di fronte la totalità dei diritti di pegno ordinari concorrenti a stabilire l'aggravio globale del fondo, eccedente il valore del semplice terreno. Applicando la stessa chiave di calcolo sulla parte di realizzazione afferente al singolo creditore pignoratizio anteriore appunto si rischierà, qualora nei confronti anche di uno solo di detti creditori l'azione non fosse ricevibile (ammettiamo nella fattispecie la Banca A), che l'imprenditore non possa in definitiva più venir coperto per la quota lui effettivamente spettante ed equivalente all'intero plus-valore procacciato al fondo dalle proprie prestazioni; quando eventualmente l'intero credito (nel caso: aperto da B), e non unicamente per l'importo così contestabile, era stato utilizzato per scopi estranei alla costruzione. La Banca B ha nella fattispecie arrecato alla massa dei creditori privilegiati un pregiudizio del valore di fr. 50.000; una somma di fr. 50.000 anche verrà così automaticamente riservata ad indennizzo di tutti i creditori, *loro servendo da pegno comune*. Fissata così la quota di realizzazione impugnabile si potrà poi procedere, questo non più riguardando il convenuto, ad una ripartizione dei danari fra gli imprenditori ed operai che dovessero far valere il diritto di risarcimento. Altrimenti per la determinazione di un danno arrecato in particolare, in seguito alla irregolare ripartizione del mutuo fra i creditori privilegiati, al *singolo* artigiano: al qual caso si applica il principio generale sopra esposto ⁴¹⁾.

⁴¹⁾ Alla stessa conclusione sembra giungere del resto anche Tomas: « Der Kläger darf dann soviel Prozente der angefochtenen Forderung für sich beanspruchen, als xer Prozente der begründeten Baupfandrechte sein eingen nennt.

Die Tatsache, wie viele Prozente er zum Bauwert beigetragen hat, ist dann nur für die Prüfung der Frage von Bedeutung, ob das Hypothekendarlehen gleichmässig im Rahmen der fortschreitenden Arbeiten auf die Handwerker verteilt worden ist » (SJZ 44, pag. 98).

Volendosi stabilire le parti (*minime*) sul mutuo spettanti ai singoli creditori privilegiati, a queste riducendosi un eventuale loro pregiudizio, si dovrà dunque procedere, riassumendo, alle seguenti operazioni:

(in un es.: i costi della costruzione ammontano a fr. 100.000; alla stessa concorrono gli imprenditori *X* (fr. 30.000), *Y* (fr. 30.000), *Z* (fr. 20.000), il fornitore *F* (fr. 10.000), l'architetto (fr. 6.000) e lo stesso committente dell'opera (prestazioni stimate a fr. 4.000); quest'ultimo ha personalmente già versato a *X* e *Y* rispettivamente le somme di fr. 20.000 e 10.000. *A* apre un credito di costruzione per un importo massimo di fr. 60.000 garantito da ipoteca di I grado. Valore di stima del terreno: fr. 10.000):

a) calcolo della percentuale in cui concorrono le prestazioni degli imprenditori ed operai a creare il maggior valore del fondo:

(80 %);

b) determinazione in base alla percentuale della parte sul mutuo (ridotto già della quota coperta dal valore del terreno e delle somme utilizzate all'estinzione di ipoteche qualificate) spettante alla massa dei creditori privilegiati: (fr. 40.000);

c) ripartizione proporzionale della parte sul mutuo fra tutti i crediti privilegiati sulla base degli importi presenti e futuri (e non già garantiti da un'ipoteca ordinaria); con i quali importi gli appaltatori ed artigiani anche solo potrebbero ed avrebbero potuto concorrere ad una normale ripartizione sulla quota di realizzazione loro afferente (art. 840), se l'accreditante non avesse da un lato loro tolto con il diritto di pegno di rango anteriore parte della garanzia immobiliare, ma dall'altro anche provveduto a tacitare parte dei creditori, o ridurne almeno i crediti, mediante i capitali mutuari.

X — credito rimanente fr. 10.000 — fr. 8.000;

Y — credito rimanente fr. 20.000 — fr. 16.000;

Z — credito a preventivo fr. 20.000 — fr. 16.000).

Confutabile è così pure a nostro avviso la tesi del Trib. Fed., secondo la quale il diritto pignoratizio anteriore non sarebbe contestabile, qualora il credito dallo stesso garantito fosse stato regolarmente suddiviso in proporzione delle prestazioni effettuate fino al suo esaurimento: «En effet, — viene argomentato — si les crédits ultérieurs sont appliqués de la même manière, aucun artisan ou entrepreneur ne subira de perte, car — pour l'impayé — la contre-valeur de sa créance se trouve incorporée au bâtiment ». (TF 67 II 111, consid. 2a). Quanto vale presupporre, che con i nuovi prestiti anche risulti la quota restante sul ricavo della realizzazione sufficiente a soddisfare, nella stessa proporzione dei precedenti, gli imprenditori ed operai intervenuti in via successiva ai lavori di costruzione. Spesso avverrà in pratica che si lasci piuttosto riconoscere l'eventualità contraria ⁴²⁾.

Un pregiudizio dei singoli artigiani ed appaltatori è ravvisabile, già accennavamo, unicamente rispetto la totalità dei prestiti ipotecari concorrenti a finanziare l'opera di costruzione. Risultasse così esser stata versata in definitiva a detti creditori, sotto forma di mutui, ed in proporzione ai singoli crediti vantati, una somma totale corrispondente al plus-valore (procacciato al fondo dagli imprenditori ed operai) coinvolto dai diritti di pegno ordinari costituiti a garanzia dei mutui stessi, anche cadrà in tal caso il diritto di contestazione degli artigiani verso il singolo creditore pignoratizio anteriore che non avesse dal canto suo provveduto a pagare regolarmente dal mutuo le quote loro spettanti. E' dunque praticamente possibile ad un successivo creditore pignoratizio (eventualmente al vecchio creditore, stanziando un nuovo prestito ipotecario) di correggere volendolo le irregolarità verificatesi al

⁴²⁾ Quanto viene ora ammesso dallo stesso Trib. Fed.: « ... Denn damit muss immer gerechnet werden, dass Neubauten, deren Erstellung sich über längere Zeit hinzieht, die Selbstkosten nicht zu decken vermögen, und es genügt infolgedessen für die Erkennbarkeit der Benachteiligung der Baupfandgläubiger schon, dass einzelnen unter ihnen der Vorrang vor dem Pfandrecht der übrigen eingeräumt wird... » (TF 51 II 131/32).

versamento del mutuo precedente e sottrarlo in tal modo ad un'azione di privilegio.

D) *La condizione soggettiva: la riconoscibilità del danno cagionato agli imprenditori ed operai da parte del creditore pignoratizio anteriore.*

La riconoscibilità da parte del creditore pignoratizio deve esser esistita al momento in cui si verificava il pregiudizio per gli artigiani ed appaltatori ⁴³⁾. In senso più restrittivo: determinante è che il danno fosse riconoscibile al momento in cui ancora era dato al creditore ipotecario, dovendolo, di evitarlo: così al momento della costituzione di un diritto di pegno, la possibilità di danno diventando vera e propria prospettiva, qualora già fosse prestabilita od ammessa un'utilizzazione del mutuo per scopi estranei alla costruzione. Diversamente non si potrà ascrivere ad un contegno negligente del convenuto il danno derivante per la costituzione del diritto di pegno — risultando il prestito, a termine di contratto, altrimenti impiegabile che per il pagamento dei creditori —, fosse il medesimo riconoscibile al momento dell'iscrizione a Registro dell'ipoteca, ma non lo fosse stato per contro al momento della enclusione del contratto di mutuo: sarebbe oltremodo pretendere che l'accreditante, affinchè evitare un pregiudizio agli imprenditori, o recili da contratto o rinunci (parzialmente) alla garanzia immobiliare. Determinante è dunque in genere il momento in cui è stato concluso il contratto di prestito, o quando siano avvenuti i singoli pagamenti, se il mutuante ha la facoltà di regolare liberamente il versamento dei danari di mutuo fra tutti gli operai ed imprenditori. Se un pregiudizio diventa in quest'ultimo caso riconoscibile per il creditore pignoratizio solo dopo l'utilizzazione d'una parte del credito concesso, anche non potrà il suo diritto di pegno venir contestato per l'importo pagato anteriormente ⁴⁴⁾: o più precisamente per quanto

⁴³⁾ Cf. Leemann, art. 841, N. 24.

⁴⁴⁾ Cf. Leemann, art. 841, N. 25.

egli non è più in grado di versare ai restanti creditori e loro spettante ⁴⁵).

La misura della riconoscibilità è determinata secondo il criterio generale applicato per la responsabilità civile degli art. 41 e ss. CO. Riconoscibile è un danno in quanto *probabile* che il convenuto avesse potuto quindi riconoscere ed evitare applicando l'attenzione richiedibile nelle date circostanze. To-stochè il danno derivante agli artigiani sia da ascrivere ad un contegno negligente del creditore pignoratizio convenuto, e basterà a tale riguardo qualsiasi grado di negligenza, esiste la responsabilità necessaria per una contestazione del diritto di pegno anteriore ⁴⁶).

⁴⁵) In un es.: la Banca A ha aperto ad M, dietro garanzia ipotecaria di I° rango, un credito di costruzione fino all'importo massimo di fr. 70.000, dei quali fr. 50.000 devono esser riservati per il pagamento degli artigiani. Secondo i preventivi accuratamente allestiti risultano unici interessati ai lavori gli imprenditori X e Y, ciascuno con un credito di fr. 40.000. A, che ha già debitamente versato ad X la somma di fr. 25.000, viene tardivamente informato che un nuovo imprenditore Z, successivamente incluso ai lavori, concorre ora con un credito di fr. 20.000, assieme ad X e Y, ad una regolare ripartizione dei capitali mutuati. Ad A non rimarrà altra soluzione che suddividere i rimanenti fr. 25.000 tra Y e Z, precisamente nella proporzione di 2 a 1. Y ottiene così fr. 16.666, al posto di fr. 20.000 che avrebbero dovuto essergli altrimenti versati: danno a lui praticamente arrecato con il versamento ad X di fr. 25.000, ed allora, come ammesso, non riconoscibile al creditore pignoratizio. Analogamente dicasi per Z.

⁴⁶) Sul problema generale: vedi Oftinger, pag. 105 ss. «... Die Voraussehbarkeit muss sich nicht auf eine sichere Annahme stützen; die Wahrscheinlichkeit genügt. »; pag. 110). Sul problema particolare: Hofmann, pag. 95/96: « Der Begriff ist derselbe wie im Art. 288 SchKG... Erkennbarkeit erfordert weder ein positives Wissen noch ein Erkennen-müssen; es genügt die blosse Möglichkeit eines Erkennens... » Ma poi: « Der angefochtene Pfandgläubiger kann sich auf seine tatsächliche angewandte Aufmerksamkeit berufen; ihm darf die Einrede der nach den vorliegenden Verhältnissen für einen sorgfältigen Mann gebotenen Vorsicht entgegengehalten werden. » Sufficiente sembrerebbe dunque rimanere la semplice possibilità di riconoscere (per una persona accorta e previdente), alla quale si riallaccerebbe l'attenzione voluta dalle circostanze. Più chiara in ogni caso la sistematica di Oftinger. Il criterio della riconoscibilità non è lo stesso (ammessa l'esistenza di uno particolare) come nell'art. 288 LEF, per la sostanziale diversità dell'oggetto da riconoscere: così pure Simond, pag. 217.

Si andrebbe decisamente troppo oltre qualora si volesse ammettere essere l'accreditante senz'altro tenuto, ed in ogni caso, a provvedere affinchè gli operai ed imprenditori vengano effettivamente coperti con i danari di mutuo, o non siano gli uni privilegiati a danno di altri. « Giustamente la Corte d'appello respinse il mezzo consistente a dire che, godendo Clerc di buona reputazione, la banca doveva ammettere che il denaro che essa anticipava servisse a pagare gli imprenditori. Infatti, è appunto ciò che la convenuta non doveva fare... Fidandosi della reputazione di Clerc, la convenuta assumeva in realtà il rischio che Clerc non rispondesse alla sua reputazione » (TF 76 II 140; rep. LXXXIV, pag. 266). Quanta cura ed attenzione debbesi esigere nel singolo caso da parte del creditore pignoratizio anteriore dipenderà in realtà ed avantutto dalle circostanze personali dell'accreditante ⁴⁷⁾ e del proprietario del fondo (padrone della costruzione). Non dà quest'ultimo motivo di dubitare che i capitali mutuali non vengano regolarmente impiegati onde soddisfare gli interessati nella costruzione, anche non può sussistere un obbligo del creditore pignoratizio a provvedere direttamente a che i fondi da lui anticipati vengano usati per il pagamento di detti creditori ⁴⁸⁾.

In pratica avverrà raramente per ovvie ragioni di sicurezza, e soprattutto da parte di istituti bancari, anche più facilmente esposti ad un'azione di contestazione (cf. Nota 47), che si proceda ad un versamento delle singole somme sul credito senza essersi anteriormente accertati che delle stesse effettivamente beneficino i creditori privilegiati, e vengano tra questi equamente ripartite ⁴⁹⁾: o secondo la giurisprudenza

⁴⁷⁾ Per un criterio obiettivo di valutazione: Oftinger, pag. 106 ss. « .. So wird an Banken, die sich gewerbmässig mit der Erteilung von Baukrediten befassen, ein strengerer Masstab anzulegen sein, als an sonstige Geldgeber » (Wieland, art. 841, N. 3).

⁴⁸⁾ Cf. Leemann, art. 841, N. 22.

⁴⁹⁾ La giurisprudenza federale ammette, la responsabilità dell'accreditante per una ripartizione almeno *approssimativa* dei danari di mutuo fra i creditori privilegiati (« .. eine im grossen und ganzen gleichmässige Verteilung .. »: TF 51 II 132).

federale: «... in particolare che il sovventore di fondi assuma informazioni per sapere se esistono imprenditori non ancora tacitati e se essi sono o non sono garantiti al momento della costituzione del suo diritto di pegno. Se tale non è il caso, egli dovrà badare che le somme da lui anticipate siano effettivamente destinate al pagamento degli imprenditori non coperti» (cit. TF 76 II 140). Dove (a parte le premesse di principio) per «non coperti» vorremmo meglio intendere: non tacitati o non garantiti in ogni caso da un diritto di pegno ordinario. Diritto ai versamenti avranno per contro anche gli imprenditori coperti dall'ipoteca legale (il ricavo derivante dalla medesima venendo ripartita fra tutti i creditori privilegiati iscritti: art. 840), o da altra forma di garanzia (non sul fondo), non perdendo essi per questa il diritto a pagarsi, se necessario, sul valore della costruzione (Cf. B/; C/1/).

CAPITOLO II.

L'apertura di credito

I. FORME DEL CREDITO.

Se il mutuante è di principio tenuto, già per la specifica natura dell'operazione, a preordinare il versamento del mutuo all'applicazione di speciali norme e condizioni particolari, viene indirettamente e d'altro canto obbligato per legge ad un attento e prudente procedere nel pagamento dei danari stessi di credito, qualora non voglia egli esporsi al rischio di una contestazione del proprio diritto di pegno da parte di creditori privilegiati (art. 841 CCS). Ancora comporta la disposizione di legge un certo inasprimento delle pure condizioni convenute per l'utilizzazione del credito, l'accreditante venendo oltrappiù ed in genere reso responsabile per una proporzionale ripartizione dei capitali mutuati tra tutti gli operai ed imprenditori partecipanti ai lavori. La delicata questione della garanzia ipotecaria per crediti di costruzione s'identifica così in ultima analisi con il problema più particolare sorto con il riconoscimento agli artigiani di uno speciale diritto di privilegio, riassumendo questo gli elementi e condizioni singole di quella ¹⁾).

Riportandoci su tale piano riassuntivo, e ricordando come il diritto all'iscrizione dell'ipoteca legale sia in condizione di tempo limitato, distinguiamo nella pratica una dualità di casi:

Il ricavo del mutuo concesso al costruttore viene utilizzato solo *dopo tre mesi* dalla data di ultimazione definitiva di tutti

¹⁾ Vedi cap. I.

i lavori ²⁾). La rimessa della somma pattuita è condizionata da prestabilite norme, testificanti la singolarità dell'operazione di credito, e lasciandosi in genere così fissare:

- a) Il pagamento del mutuo concesso sul fabbricato... viene effettuato tosto constatata presso l'Ufficio dei Registri la inesistenza di ipoteche legali; e di precedenti ipotecarie pregiudicevoli, quest'ultime nel caso in cui la stesa dell'istrumento notarile di mutuo abbia luogo, come per regola, solo alla scadenza dei preavvisi dall'ultimazione dei lavori.
- b) Il compimento dei lavori deve essere documentato mediante produzione di atti ufficiali: dichiarazione speciale da rilasciarsi da parte del Municipio o dell'Ufficio tecnico comunale competente (mentre non sono solitamente riconosciute le dichiarazioni che fossero rilasciate dalle imprese interessate).
- c) Il mutuatario deve inoltre comprovare che i lavori sono stati eseguiti conformemente ai piani e preventivi allegati alla domanda di mutuo, producendo al mutuante, se richiesto, tutte le liquidazioni e fatture, siano esse già pagate od ancora da pagare.

Preordinando ora la rimessa e versamento del credito praticamente al subentrare delle normali premesse condizionanti lo stanziamento di un mutuo ipotecario, ed in tal modo togliendo alla garanzia immobiliare l'iniziale pregiudizio, il creditore realizza quanto definiremmo una forma ideale di finanziamento per stabili in corso di costruzione o riattazione. « Il ricavo del mutuo concesso dalla Banca », viene solitamente contemplato ai termini delle Condizioni Generali per crediti di costruzione, « può essere utilizzato solo dopo tre mesi dall'ultimazione dei lavori... Dietro espressa richiesta può essere concesso al mutuatario di contrarre il prestito e di disporre anche prima dei tre mesi ». La possibilità di un impiego tardivo dei danari di credito sarà infatti legata piuttosto a situazioni

²⁾ Cf. cap. I, I/b.)

particolari, come per il trattarsi in genere della costruzione di piccoli fabbricati od in quanto già possenga il mutuatario e padrone della costruzione i necessari fondi occorrenti ai primi pagamenti.

Anche più spesso vorrà e dovrà il costruttore poter prematuramente disporre del credito lui accordato e *prima* del termine *di tre mesi* dall'ultimazione definitiva dei lavori. Il prestito viene in tal caso e di regola accreditato in un conto corrente intestato al proprietario costruttore, convenute vengono a contratto particolari norme, così per l'effettuarsi dei primi pagamenti, e per il versamento delle singole quote, conformemente al procedere dei lavori; prodotti saranno ugualmente i progetti e preventivi dell'opera edilizia, contratti di lavoro, atti comprovanti le disponibilità del mutuatario, ecc. Questa modalità di accreditamento caratterizzando per la sua singolarità e pratica usuale un particolare negozio, ha prede-terminato come accennammo, che tale operazione di credito venga ormai correntemente e sola identificata con il « credito di costruzione » ³⁾. Poste le premesse riporteremo per il seguito la nostra trattazione a questa particolare forma di accreditamento.

II. L'ESAME DELLA DOMANDA DI MUTUO.

L'istanza di credito per stabili in corso di costruzione o di riattazione viene sottoposta, oltre che al regolare esame di una domanda di mutuo ipotecario, ad una accurata ed approfondita verifica di atti, piani, progetti e preventivi, allegati alla richiesta di capitali da parte del mutuatario e doventi giustificare un'apertura del credito:

³⁾ « Indicare se si desidera disporre del prestito dopo trascorsi i tre mesi dalla data di ultimazione dei lavori, oppure durante il periodo di esecuzione delle opere previste; in quest'ultimo caso alle condizioni dei crediti di costruzione ». (Da uno degli appositi moduli impiegati come questionari per crediti edilizi).

a) *La persona del mutuatario.*

La domanda di apertura d'un credito ipotecario viene esaminata sulla scorta delle informazioni previamente e diligentemente attinte sul nominativo stesso che presenta la domanda e sui dati del lavoro che egli svolge con l'istituto ⁴⁾). Dati informativi di carattere generale (situazione finanziaria, regime dei beni matrimoniali; accertamento della piena capacità civile e di disporre del mutuatario ecc.) dovranno qui venir completati da altri più particolari: sulla fidejussione, capacità ed attitudini del costruttore e proprietario di stabili come tale (ed eventualmente delle persone preposte all'esecuzione dei lavori, dell'architetto e soprintendente alla costruzione), le relazioni tra il nominativo ed il mutuante dovendo presupporre, anche a questo riguardo, un elementare rapporto di fiducia.

b) *Il terreno costruttivo.*

Secondo il principio *superficies solo cedit* (art. 667, 671 CCS) la costruzione segue quale parte costitutiva la condizione giuridica del fondo. Il creditore richiederà di regola un estratto dal registro fondiario, con indicazione della località, superficie, proprietà e natura del terreno (stato del sedime ⁵⁾), degli estremi delle precedenza esistenti, eventuali oneri o servitù, ecc.; inoltre la produzione dei documenti di compravendita per recenti trapassi di proprietà o, nel caso, atti comprovanti la costituzione di un diritto di superficie (art. 779 CCS ⁶⁾). Quest'ultimo e particolare istituto giuridico non ha ancora a tutt'oggi trovato nella pratica che ben scarsa appli-

⁴⁾ «... Ein gewisses Vertrauensverhältnis in grösserem oder kleinerem Masse, je nach dem es sich um offenen oder gedeckten Kredit handelt, muss gewiss stets als Grundlage der Kreditgewährung vorhanden sein... (Hasler, pag. 4).

⁵⁾ E' pure opportuno accertarsi della natura e qualità del terreno fabbricativo, e che potrà in determinate circostanze influire non solo sulla struttura dello stabile, ma ancora sulle spese generali, così per costose opere di fondamento, od addirittura comportare certi rischi per l'immobile medesimo. Per una responsabilità dell'architetto cf.: Kreis, pag. 11.

⁶⁾ Art. 675, 779 al. 3, 655 CCS.

cazione. A parte le considerazioni di carattere generale, fatte valere con più o meno ragione contro questa singolare forma di servitù ⁷⁾, rimane come il diritto di superficie goda in genere sul mercato del danaro di assai poca simpatia quale oggetto di pegno: cosicchè l'imprenditore mutuatario incontrerà spesso in tale situazione maggiori difficoltà nella ricerca dei capitali lui necessari per la sola costruzione, che non se avesse acquistato anche il terreno ed abbisognasse perciò in proporzione uno stanziamento superiore di fondi. Al creditore contraddice già di principio concedere crediti su un diritto, il cui valore va decrescendo con l'approssimarsi della scadenza del diritto medesimo, ed in modo relativamente rapido, senza per contro usufruire dell'aumento che il valore del puro terreno realizza con il tempo, differenziandosi come tale sempre maggiormente da quello dello stabile annesso, decrescente quest'ultimo con il deperire dell'immobile. Egli sarebbe così spesso obbligato ad aumentare il tasso normale d'ammortamento annuo sul credito rilasciato.

c) I piani della costruzione, il preventivo di costo.

Il creditore pignoratizio deve previamente accertarsi che con il futuro stabile anche gli venga assicurata la voluta garanzia ipotecaria. Richiesta viene in genere la produzione dei progetti dettagliati della costruzione, come la pianta dell'edificio, piani di situazione, prospetti, schizzi di sezione, ecc., nella misura almeno di 1:100. Piani e progetti dovranno essere muniti della preventiva licenza di costruzione, rilasciata di regola dal Municipio, e tosto constatato l'ossequio alle norme della legge edilizia cantonale, sull'igiene del suolo e dell'abitato, del regolamento edilizio cantonale, ecc. ⁸⁾. L'imprenditore s'impegnerà a che l'opera edilizia venga regolarmente ultimata secondo i piani e preventivi muniti del benessere del

⁷⁾ Per un'esauriente esposizione sul tema cf.: Klöti (« Das Baurecht des ZGB... »), pag. 18 ss.; Nyffeler, pag. 103 ss.

⁸⁾ Legge edilizia cantonale del 15 gennaio 1940: in particolare gli art. 5 e 8 al. 5.

mutuante, od a richiedere nel caso il consenso di quest'ultimo per una qualsiasi modifica da apportarsi al progetto iniziale. Prodotto viene ugualmente un preventivo descrittivo particolareggiato dei lavori (con specificazione del costo dei materiali — pietre, cemento — degli ultimi dettagli apportati — finestre, gronde, ale, ecc. — delle paghe e salari: dell'onorario dell'architetto; delle spese per lavori di adattamento nelle adiacenze, ecc.), completata d'abitudine, per costruzioni più importanti e complesse, da una supplementare descrizione e specificazione dei lavori. Sta poi al creditore pignoratizio di prendere in esame e vagliare personalmente, secondo schemi e criteri particolari, eventualmente ordinando nuove perizie, i preventivi allestiti dal mutuatario⁹). Sulla base di una valutazione preventiva dei costi di produzione verrà steso successivamente il piano di finanziamento della costruzione, regolata una proporzionale ripartizione dei danari di mutuo fra gli operai ed imprenditori impiegati nei lavori (cf. cap. I, II, B/2), tassato infine l'oggetto stesso di pegno (vedi sotto).

d) *Il piano di finanziamento.*

Il mutuatario deve allegare gli atti comprovanti come con il prestito sollecitato e con i mezzi propri od altrimenti disponibili (ulteriori crediti, sussidi, ecc.) egli sia effettivamente in grado di assicurare il finanziamento completo dell'opera di costruzione. La rimessa del mutuo deve possibilitare, ma anche garantire la produzione di nuovi beni immobiliari, assicurando questi il credito medesimo.

Gli istituti di credito prepongono così di regola la utilizzazione del mutuo all'impiego nella costruzione dei mezzi propri del mutuatario o di crediti precedentemente aperti. Anche non è raro trovare tra le Condizioni Generali per crediti di costruzione la clausola, secondo la quale ogni imprenditore ed artigiano impiegato nell'opera si obbligherebbe a fornire le

⁹ Così d'uso corrente è il criterio di un calcolo del preventivo sulla base dei metri cubi (numero, specie, del volume assorbito dallo stabile; vedi in proposito Lütge, pag. 101.

prestazioni previste a contratto, compiutamente ed in ogni caso, sotto l'unica condizione che l'accreditante provveda nel frattempo a distribuire gli importi sul mutuo spettanti ai singoli creditori conformemente al procedere dei lavori ¹⁰⁾). Questo provvedimento tende così ad assicurare al creditore ipotecario, ed allo stesso creditore privilegiato garantito dall'ipoteca legale per lavori prestati inizialmente, una regolare ultimazione della costruzione in corso.

E' da porsi al riguardo la domanda, in quale misura possa l'architetto esser tenuto responsabile per un'esecuzione dei lavori conforme al preventivo allestito: sempre che già non fosse stato convenuto con un imprenditore il prezzo globale per l'intera opera ¹¹⁾, o pattuiti per le diverse categorie delle prestazioni dei prezzi unitari esattamente determinati o determinabili. Accade infatti che le spese per l'esecuzione dell'opera sorpassino in definitiva, nonostante un diligente allestimento dello stesso preventivo e la perita direzione dei lavori da parte dell'architetto, la somma totale prestabilita: egli non è pertanto ed in principio responsabile verso il proprietario della costruzione che nel caso in cui avesse quest'ultimo fin dall'inizio espressamente dichiarato di non volere impiegare nell'opera stessa un capitale sorpassante la cifra precedentemente fissata. Per contro viene in genere ammesso che il costruttore abbia per regola già a dover calcolare con un eventuale sorpasso massimo di preventivo del 10 % ¹²⁾. I contratti già limitano del resto nella maggior parte la responsabilità dell'architetto, escludendola così in caso di colpa leggera o riducendo il versamento di un indennizzo (sempre per colpe non gravi: art. 100 C'O) all'importo massimo dell'onorario.

¹⁰⁾ « Der Unternehmer oder Handwerker verpflichtet sich, die übernommenen Arbeiten vertragsgemäss vollständig auszuführen unter der einzigen Bedingung, dass die Bank ihm seine aus dem zu gewährenden Baukredit zufallende Quote je nach Fortschreiten der Arbeiten ausbezahlt. » Cf. Walder pag. 52.

¹¹⁾ Art. 373 CO; TF 50 II 164.

¹²⁾ Cf. Kreis, pag. 22; Becker, art. 375, N. 2.

L'azione del committente per difetti dell'opera contro l'appaltatore, architetto od ingegnere, si prescrive col decorso di cinque anni dalla consegna dell'opera (art. 371 al. 2 CO); per semplici forniture di materiale il termine è di solo un anno (art. 210 al. 1 CO). Viene così stipulato per regola a contratto un pagamento iniziale dei crediti per la costruzione fino ad un importo massimo del 90 % sulla mercede convenuta, venendo i rimanenti 10 % trattenuti, normalmente per un anno a decorrere dall'ultimazione dei lavori, a garanzia di eventuali azioni del committente. L'accreditante anche non richiederà per norma in tal caso alcuna documentazione sulla disponibilità da parte del mutuatario dei residui 10 %.

e) *La tassazione dell'oggetto di pegno.*

Base valutativa per la tassazione di beni immobiliari dati a garanzia di un credito ipotecario è il valore commerciale del fondo, più precisamente il presunto ricavo o prezzo di futuro realizzo. Metodo pratico e corrente per la tassazione in particolare di un nuovo e costruendo fabbricato è il calcolo delle spese di costruzione, intese quali *costi di riproduzione* ¹³⁾.

Ogni stabile è facilmente sottoposto con il corso degli anni a svalutazioni più o meno sensibili, vuoi per un mutamento delle condizioni generali, dei gusti, per la mancanza di conforti moderni, in genere con il decadere nell'antiquato dell'immobile (esterno, disposizione interna dei locali, installazioni, ecc.), od infine già sorpassando lo sfarzoso arredamento, così di edifici signorili e di costosa manutenzione, le esigenze del luogo ed il quadro di una normale richiesta: quanto vale a dire che sempre più difficilmente si troverà un acquirente disposto a pagare l'immobile sulla base del prezzo di costo. In questi casi il valore di acquisto, attribuito al fabbricato alla luce del criterio valutativo dei costi di riproduzione, darà un

13) « Es liegt diesem Grundsatz die vollkommen richtige Anschauung zugrunde, dass der Käufer eines Gebäudes immer nur soviel an Kosten dafür aufwenden wird, als er auch für den Neubau des gleichen Gebäudes zahlen müsste. » (Schade, pag. 78/79).

affidamento quindi solo relativo, dato che un probabile compratore mai vorrebbe di principio ricostruire lo stabile nella situazione e nella forma in cui attualmente si trova ¹⁴). A questi fattori negativi un altro se ne aggiunge, anche più probabile e comune: il deperimento ed il logorio cui la costruzione viene sottoposta dall'azione del tempo o, in soprappiù, dalla mancanza di adeguate cure di manutenzione.

Fissate sulla base dei piani e preventivi allestiti le spese di costruzione per il nuovo stabile, dovrà dunque venir dedotta dall'importo così determinato una quota X, a compenso di un probabile deprezzamento subito dall'oggetto di pegno al momento della realizzazione o di un'eventuale diminuzione dei futuri prezzi di costo. In particolare vengono considerati quei deprezzamenti, che verificandosi senza colpa del proprietario non conferiscono al creditore pignoratizio diritto alcuno alla pretesa di ulteriori garanzie (o pagamenti parziali del credito), qualora il proprietario stesso non venisse risarcito del danno (art. 810 al. 1; 822. 801, CCS, ecc.); e che d'altro canto anche più difficilmente si lasceranno eliminare od evitare mediante le opportune misure, cui il creditore potrà per legge eventualmente ricorrere (art. 810 al. 2 CCS) ¹⁵). Svalutazioni che hanno le loro radici nella natura stessa dell'oggetto di pegno,

¹⁴) Cf. Nota 13.

¹⁵) Per una diminuzione di valore dovuta a colpa del debitore ed una garanzia in genere per spese di conservazione, vedi art. 808, 809, 810 al. 2, 819 CCS. Quale sicurezza e garanzia normale, alla cui conservazione il creditore pignoratizio ha diritto, è considerato il valore del fondo al momento in cui si costituisce il diritto di pegno (così la Dottrina, in particolare Lee-mann, art. 808, N. 12). Chiaro è anche però che non tanto il momento di una costituzione in sè, quanto « der Vertrag der Parteien in dieser Beziehung Regel mache ». (Prot. Exp. 3/4, pag. 239). Il creditore potrà così riservarsi espressamente a contratto un diritto alla conservazione del maggior valore più tardi derivato all'oggetto di pegno, così per introdotti miglioramenti, erezione di stabili, aggiunta di accessori, ecc. Nel caso di una garanzia ipotecaria per crediti di costruzione non si renderà necessario a nostri avviso che venga appositamente stipulato un accordo in tal senso, le volontà delle parti già risultando in modo sufficientemente chiaro dalla natura stessa dell'operazione. Quanto avrà naturalmente la sua importanza nel caso in cui ancora non si avesse proceduto alla conversione dell'ipoteca massima od il credito fosse garantito da titoli ipotecari, già costituiti o dati inizialmente a pegno quali carte-valori.

non dipendenti dunque da una manutenzione trascurata dell'immobile ¹⁶⁾, od ancora riflessi da una sfavorevole congiuntura, come un deprezzamento generale dei terreni, diminuzione della penuria d'alloggi, il rincaro subito dai costi di manutenzione per case d'abitazione, limitazioni imposte nella determinazione od aumento dei prezzi d'affitto, ecc. A ciò si aggiungono infine i rischi derivanti da una vendita forzata del fondo, gl'imprevisti di una valutazione fatta sulla scorta di semplici preventivi, per cui già ne risulteranno valori diversi, di quanti riportati di regola nel piano di finanziamento, la tassazione di un oggetto di pegno anche perseguendo scopi propri ¹⁷⁾.

Per accennare anche solo in breve a metodi ed esempi più tipici di valutazione applicati per un finanziamento di opere edilizie vorremmo qui rapidamente schizzare la pratica seguita da alcuni dei nostri maggiori istituti di credito.

Un gruppo di questi parte per una tassazione dell'oggetto di pegno dalle spese complessive previste per l'opera ultimata, comprendenti dunque i costi di costruzione veri e propri (materie prime, paghe e salari, onorario dell'architetto), il prezzo d'acquisto del terreno costruttivo, spese per eventuali sistemazioni nelle adiacenze, da cui viene dedotta per la determinazione dei costi di riproduzione un'eventuale percentuale di rincaro a seconda della congiuntura e da quale importo venga essa prelevata. Su questa base viene concessa un'ipoteca di I grado, così, secondo gli istituti, fino al 66 % dei costi netti, corrispondente circa al 59 % delle spese generali previste (Brutto-Anlagekosten); od al 65 % del valore tassato, eccezionalmente fino al 70 %; ipoteche di II grado raggiungono in genere (dietro fideiussione) un massimo dell'85 %.

¹⁶⁾ « Non sono da considerare come diminuzioni di valore ai sensi degli articoli 808 e 809 i deprezzamenti che, malgrado regolari riparazioni, si verificano in edifici per vetustà (consumo)... » (Leemann, art. 808, N. 25); cf. pure Segesser, pag. 40.

¹⁷⁾ Cf. Schulte, pag. 323; Aerboe, pag. 33 ss.; Leistner, pag. 15 ss.; Keilhau, pag. 185 ss. (« Beziehung des Wertes zum Zwecke der Wertung »).

Un secondo gruppo parte in principio pure dai preventivi prodotti, che ha però sottoposto ad una anche più accurata verifica da parte dei propri periti. L'istituto richiede dal mutuario la produzione dei piani, progetti e preventivi dettagliati, e che vengono fatti oggetto di un minuzioso esame; il valore dello stabile così fissato risulta per regola sostanzialmente inferiore agli effettivi costi di produzione e raggiunge per lo più solo il 70-80 % del preventivo di costo. Su questa base la Banca concede solitamente ipoteche di I grado fino ad una percentuale media pure del 66 %.

Un ultimo gruppo infine gode del privilegio di poter disporre al momento della consolidazione del credito di stime ufficiali, così nei cantoni di Berna, Vaud e San Gallo. Un istituto bancario di quest'ultimo cantone concede ad es. crediti di costruzione fino all'80 % della futura stima ufficiale, quota che dovrebbe corrispondere circa al 55-65 % delle spese generali di costruzione. A conslidazione avvenuta del credito risultano ipoteche di I grado fino al 60 % del valore di stima, di II grado fino al 70 %, e di III grado fino all'80 %, quest'ultime con un obbligo annuo di ammortamento del 10 %. Ugualmente a Berna, dove i crediti di costruzione garantiti in I rango raggiungono di regola i 2/3 del valore di stima (*Grundsteuerschätzung*); ancora vengono accordati anticipi su ipoteche di rango posteriore fino l'85 %, dietro prestazione d'ulteriori garanzie.

III. L'APERTURA ED UTILIZZAZIONE DEL CREDITO.

S'intende solitamente per *apertura di credito* il contratto secondo il quale l'accreditante, e generalmente un istituto bancario, si obbliga rispetto la persona dell'accreditato a mettere per il futuro a disposizione, di regola entro un periodo di tempo determinato e fino a concorrenza di una cifra prestabilita, tutte le somme che gli verranno da questa richieste

dietro promessa di restituzione della contropartita ¹⁸⁾). La Banca accredita al mutuatario l'importo prefissato e lo addebita successivamente in apposito conto di tutti i prelevamenti che egli fa e di tutti i pagamenti che essa eseguisce a nome del cliente. Tale elastica forma di credito permette da una parte al mutuante, nel caso particolare di un credito di costruzione, di regolare e condizionare in conseguenza il pagamento delle somme richieste, d'altra parte di adeguare la controprestazione del mutuatario (interessi, commissioni, provvisioni) al fatto appunto che lo stesso non è libero di utilizzare immediatamente l'intero ricavo del mutuo ed, anche a riguardo delle singole quote, non prima di un termine prestabilito ¹⁹⁾).

L'apertura di credito non deve essere confusa con il *contratto in conto corrente*, mancando in quella la necessaria reciprocità dei due contraenti. Non solo giuridicamente essa costituisce una figura di contratto a sè differenziantesi dalla convenzione di conto corrente, ma anche il carattere della convenzione stessa vuol essere assolutamente diverso ²⁰⁾). Spesso potrà essere accordata all'accreditante la facoltà di reintegrare il fido con versamenti parziali, che aumentino in conseguenza la disponibilità sul credito: si parla così di *un'apertura di credito rotativo* o, anche correntemente, di *mutuo in conto corrente*. Questa forma di credito tende più che altro, non rivelandosi qui la clausola di reciprocità per la natura dell'operazione come indispensabile, a riportare le condizioni generali di mutuo, anche per un credito di costruzione, entro gli

¹⁸⁾ Anche se la determinazione di un importo massimo o di particolari condizioni di pagamento non voglia caratterizzare la natura stessa dell'apertura di credito, semplicemente definita: «... der Vertrag, wonach sich jemand verpflichtet einem anderen Kredit zu gewähren oder seinen Kredit zu seinem Gunsten zu verwenden.» (Cf. Oser, pag. 828; Aeschlimann, pag. 34).

¹⁹⁾ Per stabili in corso di costruzione nessun pagamento viene effettuato in principio prima dell'avvenuta posa del tetto, anche solo da questo momento potendo il fabbricato di regola esser fatto oggetto di un'assicurazione. Per fabbricati di grossa mole l'apertura di credito può avvenire anche prima della posa del tetto, ed ad iscrizione fatta del pegno immobiliare.

²⁰⁾ Vedi Betti, pag. 216 ss.

schema (contemplati in appositi formulari ²¹⁾) comunemente applicati.

Il contratto di apertura di credito è caratterizzato da un doppio rapporto giuridico:

A) *Il creditore s'impegna a tener pronti ed a versare dietro richiesta dell'accreditato i capitali promessi per il finanziamento della costruzione.*

La durata dell'obbligo di accreditamento non deve essere necessariamente fissata a stregua di calendario; anche potrà venir determinata dalla natura stessa dell'operazione di mutuo (così per crediti stagionali), od in particolare dall'uso cui viene destinato il credito ²²⁾. Precisata dovrà esser naturalmente l'opera progettata e della quale è previsto il finanziamento. L'obbligo di accreditamento si estinguerà infine (a differenza quindi che per un credito rotativo), tosto che le anticipazioni sul mutuo riscosse dal cliente avranno raggiunto l'importo massimo prefissato, ed in modo definitivo.

D'altro canto viene riconosciuto all'accreditato un semplice diritto di disporre volta per volta dei capitali lui necessari (pagando egli infatti gli interessi solo sulle somme prelevate), rimanendo così libero, in principio, di consumare il prestito con riscossioni parziali e ripetute ²³⁾, come di richiedere in ogni momento il versamento dell'importo totale. Questa libertà concessa all'accreditato nella riscossione del mutuo non si lascia ora riconnettere, allo stato originale, con i provvedimenti e le misure di carattere precauzionale, cui l'istituto di credito sarà in genere ed invece tenuto nella rimessa di un credito di costruzione (cf. cap. I). L'accreditante dovrà pertanto ed ulteriormente condizionare l'utilizzazione del credito,

²¹⁾ Così: « Schema per istrumenti di costituzione d'ipoteca a garanzia di debiti correnti ».

²²⁾ Cf. Butscher, pag. 16.

²³⁾ « ... ein Recht auf laufende und wiederholte Kreditgewährung »: Klausning, pag. 84.

richiedendo in particolare ad ogni domanda di pagamento che venga specificatamente comprovato come le somme sul mutuo siano in effetto impiegate nella costruzione ed uniformemente ripartite fra tutti i creditori privilegiati partecipanti ai lavori. Egli si atterrà per solito alle seguenti norme:

1. — La rimessa di una qualsiasi somma sul credito, di regola dietro ordine di pagamento del mutuatario a favore d'imprenditori ²⁴), artigiani e fornitori, viene condizionata dalla produzione alla creditrice delle *fatture* pagate e da pagare, o degli speciali *moduli di pagamento*, messi dalla Banca appositamente a disposizione del cliente, e muniti del benestare di una persona di fiducia, solitamente dell'architetto od ingegnere preposto ai lavori ²⁵). I compiti del *fiduciario* si lasciano in genere stabilire solo in base agli accordi presi nel caso particolare ²⁶): il suo mandato può limitarsi ad una sorveglianza sui lavori e su un procedere di questi conforme ai piani e preventivi allestiti; estendersi come detto ad una verifica per conto della Banca degli ordini di pagamento emessi dal mutuatario, od ancora ad un controllo sulla ripartizione dei danari di mutuo fra tutti gli imprenditori ed operai proporzionalmente alle singole prestazioni. D'altro canto potrà il mandatario agire unicamente come rappresentante dell'accreditante, o ad un tempo quale fiduciario di tutti gli interessati alla costruzione: dell'istituto di credito, del mutuatario e degli stessi creditori privilegiati. In quest'ultimo caso verrà il creditore pignoratizio per regola liberato, rispondendo il fiduciario nei confronti suoi come degli stessi artigiani, da una responsabilità ai sensi dell'art. 841 CCS e così sottratto ad una contestazione del proprio diritto di pegno da parte di eventuali creditori danneggiati. Altrimenti se è la persona pre-

²⁴) Vedi Annesso 5; cf. 3/.

²⁵) Alcune Banche richiedono la contrassegnatura dell'ordine di pagamento anche da parte degli stessi creditori (vedi Annesso 2).

²⁶) Sulla persona del « fiduciario » (Bautreuhändler) vedi Ramseyer, pag. 93, 103 ss.

posta ai pagamenti fiduciaria del solo accredittante. Il creditore pignoratizio sarà in tal caso tenuto responsabile per le azioni del suo rappresentante, in quanto non dimostri di aver usato tutta la diligenza richiesta dalle date circostanze: così nello scegliere ed istruire il proprio mandatario, fornendolo in particolare della documentazione occorrente per una diligente esecuzione degli affari lui affidati, ancora esercitando una certa sorveglianza sull'operato dello stesso fiduciario; o non provi eventualmente che il danno si sarebbe verificato anche usando tale diligenza. Sarebbe andar troppo oltre voler ritenere l'accredittante responsabile dell'operato della sua persona di fiducia, come se fosse il suo proprio ²⁷⁾: per ogni danno cioè derivante da negligenza del mutuatario ^{27a)} Questo criterio è applicabile invero per un danno cagionato da persona ausiliaria ad un creditore del mandante e per un *inadempimento* dell'obbligazione (art. 101 al. 1 CO) ²⁸⁾: e non valido quindi, in particolare, per la determinazione di una responsabilità del creditore pignoratizio anteriore, non potendo esser questione anche sul campo dell'analogia di un rapporto giuridico (obbligazione) intercorrente tra quest'ultimo ed il singolo artigiano od imprenditore ²⁹⁾. Applicabile sembra invece in generale l'art. 41 CO (e maggiore minus: l'art. 841 CCS già sancisce la pena) ed in particolare, come anticipavamo, le norme contemplate dall'art. 55 CO: e nonostante la mancanza di un rapporto di dipendenza vero e proprio (Oftinger, pag. 504

²⁷⁾ «...Damit war sie aber noch nicht jeder Verantwortung enthoben: der mit der Ueberwachung betraute Notar... war nicht Treuhänder sämtlicher Beteiligten: der Bank, Bauherrin und Baugläubiger, sondern lediglich der von der Bauherrin angenommene Vertreter der Bank, für dessen Handlung letztere wie für ihre eigene einzustehen hat. » (TF 53 II 480/81). Cf. pure TF 67 II 112).

^{27a)} In altro senso neppure è richiesta invece una colpa del mandatario: Cf. Oftinger, pag. 517.

²⁸⁾ E secondo alcuni autori (von Tuhr, pag. 566) unicamente in quanto il mandante non avesse potuto affidare lecitamente l'adempimento dell'obbligazione a detta persona ausiliaria. In senso contrario: Oftinger, pag. 488.

²⁹⁾ Cf. in particolare Oftinger, pag. 487, nota 53.

ss.) tra creditore pignoratizio e fiduciario, essendo per contro quest'ultimo nella fattispecie esplicitamente tenuto alle istruzioni lui impartite (in una funzione determinata) e sottoposto in principio ad un controllo del proprio operato da parte del mandatario ³⁰⁾. O detto altrimenti: le due condizioni dell'art. 55 CO (rapporto di dipendenza; danno cagionato *nell'accompagnamento* di un lavoro: vedi Oftinger pag. 514 ss.) stanno a fissare ed in altro senso a limitare negativamente un'applicazione estensiva (per causalità meno dirette) del principio generale derivante dall'art. 41 CO, e della quale il caso nostro particolare non abbisogna.

2. — Per assicurare soprattutto un'uniforme e proporzionale ripartizione dei danari di mutuo ^{30a)}, l'istituto bancario richiede per regola da parte del cliente che gli vengano notificati, prima dell'apertura del credito, il nome degli imprenditori, operai e fornitori partecipanti alla costruzione, l'importo delle mercedi pattuite a contratto, i pagamenti avvenuti od ancora da effettuare al singolo creditore ³¹⁾; rendiconto che dovrà essere documentato mediante presentazione delle fatture originali (pagate e da pagare), dei contratti di lavoro e d'appalto, ecc. Qualora il mutuo abbia a servire per più costruzioni indipendenti, il rendiconto sarà pure accompagnato da una distinta particolareggiata, che permetta di de-

³⁰⁾ «...dann *nicht* von einer Hilfsperson gesprochen werden kann, wenn die Gegenpartei des Geschäftsherrn so selbständig auftritt, dass nicht anzunehmen ist, sie habe sich nach seinen Weisungen zu verhalten oder stehe unter seiner Aufsicht. Dies trifft insbesondere für alle Arten von *selbständigen Unternehmern* zu, die wohl für die Zwecke eines Auftraggebers tätig werden, aber auf eigene Rechnung und namentlich nach eigenem Urteilsvermögen, und damit auf eigene (haftpflichtrechtliche) Verantwortlichkeit handeln.» (Quanto è nel caso particolare tanto più escluso, l'obbligo di indennizzo dell'art. 841 riferentesi alla sola persona del creditore pignoratizio anteriore) «... Auch hier ist nicht auf die rechtliche Qualifikation des Grundverhältnisses abzustellen, sondern auf die tatsächliche Beschaffenheit der Beziehungen zwischen der Parteien.» (Oftinger, pag. 506).

^{30a)} «La Banca si riserva di ripartire gli importi disponibili tra i diversi fornitori» (intesi sono imprenditori ed operai): cf. Annesso 1, c); Cf pure 3/.

³¹⁾ Vedi Annesso 4.

terminare per ciascuna di esse le spese di costo, l'effettivo degli imprenditori ed operai partecipanti ai lavori, loro crediti, ecc. La Banca dovrà ugualmente tenere per le diverse opere, eseguite ad un tempo od a catena, conti separati e distinti, e verificare infine, ad ogni ordine di pagamento, a quale delle costruzioni il versamento venga devoluto ³²⁾).

L'art. 837 cif. 3 CCS conferisce il diritto di ottenere l'iscrizione dell'ipoteca legale, già osservavamo, tanto ai creditori diretti del proprietario (imprenditori principali), quanto ai creditori indiretti, vale a dire ai subappaltatori od in genere a tutti gli interessati alla costruzione in base ad un contratto d'appalto ³³⁾, per cui irrilevante è che l'ordinazione sia stata data dallo stesso committente oppure da un terzo, ad es. un'impresa edile. Il diritto all'ipoteca legale non suppone quindi necessariamente l'esistenza di un vincolo contrattuale fra il proprietario del fondo ed il titolare del credito. L'azione promossa dal cottimista per ottenere la costituzione dell'ipoteca legale è proponibile dunque anche nei riguardi del proprietario della costruzione che ha pagato il completo saldo dell'opera nelle mani del suo appaltatore principale. Se la legge ha esteso la sua protezione al subappaltatore malgrado l'assenza di un rapporto contrattuale tra lui ed il proprietario, emerge dalla storia dell'istituto che ciò avvenne innanzitutto per una considerazione di ordine pratico, in altre parole per evitare che il proprietario non frusti la legge interponendo tra lui e l'autore dei lavori un terzo, ossia un uomo di paglia verso il quale egli diventerebbe debitore ³⁴⁾. Ma questa non è una ragione per concludere che il solo fatto di una prestazione di lavoro sia un titolo sufficiente per dar diritto all'ipoteca legale. Giustamente precisava il Trib. Fed. come il proprietario risponda con il suo fondo per i crediti degli operai ed imprenditori solo in quanto tali crediti si riferiscano a lavori che egli, *od un terzo da lui incaricato*, abbia ordinato,

³²⁾ Cf. TF 47 II 141; Hofmann, pag. 95.

³³⁾ Vedi cap. I, I.

³⁴⁾ Vedi Nota 35).

ed anche per questi solo in quanto il loro importo totale non superi in particolare la somma complessiva d'appalto stipulata tra il proprietario e detto appaltatore generale: il diritto all'ipoteca legale sussiste dunque unicamente qualora il proprietario medesimo abbia in un modo o in un altro *occasionato* la formazione del credito per la costruzione ³⁵⁾. Troppo estensiva sembra per contro la interpretazione di Leemann (ripresa dai Motivi: 280), secondo la quale la prestazione per l'opera costruenda formerebbe in sè la base del privilegio, senza riguardo a ciò se esiste o meno un onere obbligatorio del proprietario al pagamento, per cui il diritto di detti creditori privilegiati anche esisterebbe in particolare, ed in ogni caso, per tutto l'importo dei loro crediti ³⁶⁾. E invero tra l'altro poco probabile che la legge voglia stabilire, ed in modo così generale (l'art. 837 cf. 3 riducendosi dopo tutto a regolare una speciale forma di *garanzia* immobiliare), un obbligo di pagamento del proprietario del fondo, potendo questo esser gravato dall'ipoteca legale, quando sotto altri disposti, anche più specificatamente inerenti al problema di centro, tende piuttosto ed in principio a limitare l'obbligo del proprietario (nei riguardi almeno del debitore dell'artigiano, quanto solo viene richiesto) al versamento di un *risarcimento* (indennizzo), ed eventuale, così ai sensi degli art. 672, 671 al. 3 CCS, art. 422 ss. CO ecc., escludendo in ogni modo l'applicazione di un criterio generale quale quello proposto da Leemann. Come in principio per ogni eccezione, anche non si lascia il fatto, che la legge esplicitamente pure provveda a garantire il creditore *indiretto*, estensivamente interpretare.

Del resto è data facoltà al subappaltatore, il quale voglia acquistare di fronte all'appaltatore una garanzia di diritto reale, di accertarsi prima di eseguire il suo lavoro che il medesimo effettivamente corrisponda ad un credito del suo autore, ossia dell'appaltatore generale verso il proprietario del

³⁵⁾ Cf. TF 39 II 205; 56 II 163.

³⁶⁾ Vedi Leemann, art. 837, N. 48; Cf. pure Bl. N.F. 36, N. 206.

fondo. Il proprietario-costruttore risponde dunque e soltanto, in particolare, fino all'importo da lui dovuto in base al proprio contratto d'appalto per la categoria di lavori per la quale è pretesa l'ipoteca legale; al di là di detto importo eventualmente per il subentrare di circostanze straordinarie (decidendo il giudice un aumento della mercede pattuita: art. 373 al. 2 CO), od infine nel caso che, in seguito ad un accordo doloso fra il proprietario ed un imprenditore generale insolubile, sia stato intenzionalmente stabilito il prezzo totale da pagarsi da quegli in modo da rendere impossibile di primo acchito di soddisfare con lo stesso i subappaltatori (art. 2 CCS) ³⁷).

Sulla base di questo importo l'accreditante provvederà ad assicurare una ripartizione proporzionale ed effettiva dei danari di mutuo fra tutti i creditori privilegiati, diretti ed indiretti, che hanno partecipato all'esecuzione dei lavori, sia pagando l'imprenditore principale solo dopo che questi abbia tacitato (o pagato in proporzione) i cottimisti, sia assumendosi egli stesso, spiccando le quote fissate sul mutuo, di retribuire quest'ultimi per conto dell'imprenditore. Gli istituti bancari procedono così di regola all'apertura di un conto creditori intestato all'imprenditore principale, su cui vengono riportate, in addebitamento del conto del mutuatario, le somme da quest'ultimo dovute al proprio creditore diretto, mentre lo stesso imprenditore potrà da canto suo disporre dell'importo lui accreditato analogamente dopo rimessa di un elenco sui subappaltatori (mercedi pattuite) e dietro produzione di fatture, contratti, ecc.; eccezion fatta nel caso in cui lo stesso già avesse versato adeguata cauzione.

3. — L'accreditante si riserva talvolta il diritto di ripartire direttamente, e di propria iniziativa, gli importi sul mutuo fra i diversi fornitori ed artigiani. Deve essere al proposito rilevato, che se l'accreditante è regolarmente tenuto a rifiutare il versamento di quote sul credito destinate ad un im-

³⁷) Cf. giurisprudenza cit., ancora Bl. N.F. 29, N. 5, consid. 2.

piego contrario a quanto stabilito per contratto, non può pertanto, per la natura del negozio, obbligare di principio l'accreditato ad utilizzare il credito lui aperto e fino a concorrenza dell'importo massimo prestabilito. Il mutuante rischierebbe dunque di trovarsi nel caso di fronte ad un imprevisto arenamento dei lavori, senza possibilità d'intervento, o di veder eventualmente contestare il proprio diritto di pegno, qualora il proprietario-appaltante dovesse astenersi dal soddisfare singoli creditori, nonostante ancora disponesse di credito sufficiente, e del quale l'accreditante avrà in genere anche tenuto conto per il calcolo preventivo di una proporzionale ripartizione dei capitali mutuati fra tutti gli imprenditori ed operai. Si lascia a questo riguardo giustificare l'aggiunta a contratto di una esplicita convenzione ad es., del seguente tenore:

« La Banca si riserva ulteriormente ed in genere il diritto di soddisfare di propria iniziativa ed in addebitamento del conto aperto al cliente, richieste di pagamento avanzate da imprenditori od artigiani, nel caso in cui dovesse sussistere il pericolo di una interruzione dei lavori di costruzione ³⁸⁾ o di una contestazione legale del proprio diritto di pegno da parte di creditori privilegiati (art. 841 CCS) ».

Anche se in genere si limiterà il mutuante a riservarsi espressamente la facoltà « di ripartire gli importi disponibili fra i diversi fornitori » (imprenditori ed operai) ³⁹⁾; secondo la quale convenzione ancora sembrerebbe presupposta l'autorizzazione da parte dell'accreditato ad una utilizzazione del credito ⁴⁰⁾.

³⁸⁾ Cf. pure cap. II, II/d).

³⁹⁾ Cf. cap. II, nota 30a).

⁴⁰⁾ Cf. ugualmente Annesso 5: « Wo es sich um kleinere Baukredite handelt, behalten wir uns vor, die Zahlung direkt an die Bauhandwerker zu leisten. »

B) — *L'obbligo di restituzione della contropartita.*

Questo secondo rapporto giuridico, che si realizza invero successivamente e nella misura di una rimessa del prestito, rappresenta la *causa* stessa nell'operazione di credito ⁴¹⁾.

A norma del principio generale (art. 82 CO) il creditore potrà in particolare pretendere dall'accreditato una restituzione della contropartita, solo dopo aver egli stesso adempito od offerto di adempiere alle proprie obbligazioni (messa a disposizione dei capitali di mutuo durante un periodo determinato e fino a concorrenza di una cifra prestabilita) o, in caso contrario, a disdetta avvenuta del contratto (sbarramento del credito). Il mutuatario viene così solitamente ed espressamente obbligato, ai termini delle Condizioni Generali per crediti in conto corrente, sotto il cui schema anche cadrà di regola il credito di costruzione (vedi sopra), « a soddisfare, dietro preavviso di sei settimane, il suo debito in tutto od in parte, a seconda che ne verrà richiesto », dopo esser stato precisato « che è facoltà della Banca di dare in ogni tempo la disdetta per il rimborso totale o parziale », con altre parole, del contratto stesso d'apertura di credito. E' infatti consuetudine, soprattutto nella pratica bancaria, che la convenzione generale venga aggiunta a contratto anche quando il credito debba esser utilizzato a particolari scopi di finanziamento. Il Trib. Fed. ha ugualmente riconosciuto (TF 70 II 213), conformandosi alla Dottrina, la validità in genere della clausola, secondo la quale l'accreditante si riserberebbe il diritto di disdire, in

⁴¹⁾ Aeschlimann va così a nostro avviso troppo oltre nella sua caratterizzazione del contratto d'apertura di credito, quando asserisce (pag. 24, 22): « ... dass die Revalorierungspflicht des Kreditnehmers dem Kreditschließungsvertrag nicht entspricht », in quanto cioè: « Die Vereinbarung geht beim Kreditschließungsvertrag nicht unmittelbar auf Hin- und Rückgabe von Geld oder Vertretbaren Sachen, sondern sie schafft die verbindliche Grundlage zum Abschluss solcher Verträge auf Verlangen des Kreditnehmers ». Questi « contratti » non si lascieranno invero realizzare, ché ciò sarebbe non solo inutile, ma addirittura impossibile, il nostro Codice Civile non conoscendo un contratto reale di mutuo. Lo stesso citato autore differenzia del resto il negozio di apertura di credito dalla semplice obbligazione assunta di stipulare un contratto futuro (art. 22 CO).

ogni tempo ed a libero arbitrio, il contratto d'apertura di credito (« La clause stipulée per la demanderesse est en soi licite.... »). E' stata però stipulata una speciale convenzione sulla durata dell'obbligo di accreditalmento, riprende più avanti il Trib. Fed., la clausola generale perderà in tal caso la sua validità e verrà sostituita dalla prima:

« Celle-ci (la convention) fixe non seulement le maximum du crédit, mais aussi sa durée: « La présente convention... prendra fin dès que le bilan de M..., au 31 décembre 1930, aura été établi et approuvé... ». L'imprunteur devait donc avoir l'assurance que les crédits ne lui seraient pas coupés prématurément ».

Il fatto che per il credito di costruzione venga indirettamente fissata, preordinando l'utilizzazione del mutuo ad uno scopo determinato, una durata limite almeno dell'obbligo di accreditalmento, non deve far pensare che il contratto abbia necessariamente a racchiudere in sè quella convenzione particolare, che dovrebbe dunque escludere a priori l'applicazione della clausola generale. La determinazione di un particolare scopo di finanziamento vuole nel caso particolare piuttosto ed *unicamente condizionare* in tal senso la rimessa stessa del mutuo: per cui nulla sembra opporsi ad una inclusione a contratto (ed applicabilità) della convenzione generale. Quanto presenta invero interesse pratico più che altro in considerazione appunto del fatto che il credito di costruzione cade di regola, come osservavamo, sotto le condizioni generali previste per crediti in conto corrente, tra cui è assunta detta convenzione. Solo una ragione ben grave indurrà del resto il creditore, qualora già fossero state anticipate le prime quote sul mutuo, a disdire il contratto d'apertura di credito, rischiando egli di pregiudicare in tal modo l'opera di costruzione e riconnessa garanzia ipotecaria, od esporsi eventualmente ad un'azione dei creditori privilegiati. Almeno poco opportuna risulta così al riguardo l'applicazione di una clausola generale; più confacente sembrerebbe esser un'esplicita convenzione che si limi-

tasse a condizionare l'obbligo di accreditalmento (futuro) all'osservanza da parte dell'accreditato degli impegni assunti e riferentesi in particolare ad un'utilizzazione dei danari di mutuo:

« Die Bank hält sich an ihre Kreditzusicherung nur für gebunden, wenn den oben erwähnten oder speziell vereinbarten Bestimmungen über die Benutzung des Kredites von den Bauherren resp. Unternehmern nachgelebt wird » ⁴²⁾, ⁴³⁾.

⁴²⁾ Vedi Annesso 5; una disdetta del contratto ancora sembra, sotto le medesime condizioni, del resto validamente operabile anche senza l'inclusione a contratto di una speciale convenzione: cf. v. Thur, pag. 601: «... nicht nur eine Verletzung der Forderung, sondern zugleich eine Gefährdung des Gläubigers in bezug auf die weitere Durchführung des Vertrages. Soweit ein Schutz gegen solche Gefährdung in unserem Rechtsleben als Bedürfnis empfunden wird, muss man diesen Schutz in Ermangelung gesetzlicher Vorschriften dadurch herstellen, dass man Bestimmungen, die von der Rechtsverletzung handeln, entsprechend auf die Rechtsgefährdung anwendet. »

⁴³⁾ Anche per l'esser normalmente convenuta a contratto, a differenza che per un credito ipotecario (mutuo fisso), la facoltà del creditore di dare in ogni tempo la disdetta per il rimborso totale o parziale, il credito di costruzione viene correntemente annoverato sotto le operazioni di credito a corto termine, od addirittura caratterizzato come una forma transitoria di finanziamento (cf. Koch, pag. 203). Il credito viene consolidato, a chiusura dei versamenti, in un « mutuo ipotecario » (ancora si parla di « anticipi sul mutuo »): da cui la finzione accettata dal linguaggio corrente, che non solo la particolarità iniziale dell'operazione, ma il credito medesimo sia « kurzfristig und vorübergehend »; aiutata in questo anche da una certa tendenza a confondere, identificandoli, i due termini di credito ed ipoteca (cf. ad es. Rytz, pag. 63). Dal punto di vista economico è ora per regola inteso tutt'altro che come una forma provvisoria di finanziamento. Un obbligo di svincolamento del credito per il termine di ultimazione dei lavori e la stipulazione di un successivo contratto (di « credito ipotecario ») con terza persona, cosicchè:

« Hiedurch ist die Rückzahlung des Baukredites im allgemeinen schon vor Beginn des Baues gewährleistet, und zwar nicht wie beim laufenden Bankkredit durch den Schuldner direkt, sondern durch einen Dritten und zwar in der Regel eine Hypothekenbank oder Versicherungsgesellschaft... (cf. Handwörterbuch des Bankwesens, pag. 83) », non sembrano invero in alcun modo poter caratterizzare il credito di costruzione. Cf. pure Hatt, pag. 15.

IV. IL DIRITTO DI PEGNO DEGLI ARTIGIANI SUI SUSSIDI CONCESSI PER LA COSTRUZIONE DI CASE D'ABITAZIONE ⁴⁴⁾.

Il versamento del sussidio assegnato al proprietario-appaltante viene per regola effettuato solo ad ultimazione avvenuta dei lavori, praticamente qualche mese dopo e sulla scorta del rendiconto finale. Soltanto per opere maggiori sono previsti, su proposta dell'autorità cantonale, versamenti periodici di acconti fino a concorrenza dell'80 % del sussidio federale corrispondente ai lavori già eseguiti, a condizione che la quota cantonale venga pagata nella stessa proporzione di quella federale (art. 210E).

Affinchè i pagamenti ad imprenditori ed artigiani potesse ciononostante procedere con regolare continuità e non dovessero quest'ultimi eventualmente attendere, per la rimessa delle rimanenti somme loro dovute, fino all'effettivo versamento dei sussidi per la costruzione, gli istituti bancari avevano per il passato e d'abitudine sempre anticipato dette sovvenzioni, dopo essersi in precedenza fatti cedere a garanzia da parte del mutuatario appaltante il diritto stesso sui sussidi. Questo modo di procedere non è ora più possibile — viene rilevato — dal momento che i sussidi possono essere gravati da un diritto di pegno legale, cosicchè gli artigiani, per i quali volevasi provvedere, rischieranno spesso di non ricevere più anticipo alcuno, od in ogni caso solo pagamenti tardivi. All'accreditante è infatti reso assai difficile di garantirsi convenientemente degli eventuali anticipi versati sui sussidi, per ciò neppur risultando sufficiente in particolare, a ricordanza delle disposizioni contenute nell'art. 841 al. 1 CCS, che le somme anticipate siano state proporzionalmente ripartite fra tutti gli

⁴⁴⁾ Le osservazioni raccolte sotto questo paragrafo si riferivano all'allora vigente Decreto Federale dell'8 ottobre 1947 ed Ordinanza d'esecuzione del 10 gennaio 1948 (OE), attualmente non più in vigore: riportiamo pertanto solo parte del testo iniziale di carattere più generale. Sull'esistenza del diritto di pegno su crediti ed altri diritti, vedi in particolare Leemann, art. 899 ss.

artigiani, imprenditori, fornitori ed architetto (quest'ultimo menzionato per la prima volta nel nuovo decreto) che avessero fornito lavoro o materiale per l'opera di costruzione (vedi sotto).

Una via si lascia seguire in pratica. L'istituto bancario richiede da parte del costruttore la cessione dei crediti fondati sui promessi sussidi: tale cessione sarà valida, in particolare per i sussidi federali, solo se munita dell'autorizzazione formale e scritta dell'autorità cantonale, che dovrà assicurarsi che resti così salvaguardato lo scopo del sussidio (art. 22 al. 2 OE). Comunemente viene pure richiesta la cessione dei diritti stessi di pegno degli artigiani e fornitori e già annunciati per la ripartizione della quota sul sussidio fissata dall'autorità cantonale in base allo stato dei lavori (art. 28, 29 al. 2 OE). Che quest'ultima cessione rappresenti per il creditore un'assoluta necessità, non lo si può pertanto ritenere. Versando egli all'artigiano una somma corrispondente (inferiore) alla quota garantita dal pegno legale, ma *espressamente* anche quale anticipo sui sussidi, dovrà, per l'accessorietà stessa della garanzia, poter estinguere (ridurre in proporzione) nel contempo il credito garantito e l'importo cui dà diritto lo stesso pegno legale. La Banca viene effettivamente esposta ad un pericolo solo dal momento in cui (e neppure una successiva cessione del diritto di pegno porterà in questo caso un mutamento in sè dello stato di cose) essa dovesse versare ad un creditore privilegiato una quota di anticipo superiore a quella che lo stesso potrà (o ha potuto) assicurarsi al momento della ripartizione dell'importo di sussidio, su cui si estendono i diritti di pegno concorrenti fino a quel periodo: essa rischierà infatti di pagare in ultima analisi una somma superiore a quella assicuratele dalla cessione del credito fondato sul promesso sussidio, in particolare qualora dovesse lo stesso venir integralmente trattenuto a garanzia dei crediti privilegiati.

Analogamente come già per l'ipoteca legale (art. 840 CCS), anche i titolari di un diritto di pegno sui sussidi hanno in principio ugual diritto ad esser soddisfatti sul pegno, qua-

lunque sia la data alla quale è nato il credito garantito e quella alla quale il diritto di pegno è stato fatto valere (art. 27 al. 3 OE): ma con la differenza che è qui fatta solo questione, per la determinazione cioè delle singole quote, valevoli per il loro importo totale e definitivamente nei confronti anche del cessionario, dei creditori privilegiati che effettivamente concorrono alla ripartizione della parte sui sussidi fissata dall'autorità cantonale ⁴⁵⁾). Basterebbe ad es. che uno solo degli artigiani o fornitori, il quale già avesse fornito al momento della ripartizione dei sussidi (art. 28 OE) lavoro o materiale per la costruzione, non partecipasse all'azione degli altri creditori (avendo lasciato decorrere il tempo utile all'esercizio del proprio diritto od espressamente rinunciato al medesimo; per esser il suo credito già stato soddisfatto o garantito ⁴⁶⁾), ed al quale l'istituto bancario già avrebbe versato la quota (proporzionale) d'anticipo, perchè le parti dei rimanenti sull'importo disponibile in conformità allo stato dei lavori aumentino proporzionalmente, a sicuro scapito della Banca, che si troverà così *in perdita* fino ad un massimo corrispondente appunto alle eccedenze registrate. Questa attenderà pertanto, per un qualsiasi anticipo dei sussidi agli artigiani, che essi abbiano previamente esercitato il loro diritto di pegno, lasciandosi anche solo in tal modo stabilire con esattezza le quote versabili, e senza rischio alcuno, ai titolari del diritto. La Banca potrà anzi invitare direttamente gli artigiani e fornitori a far valere i loro crediti presso l'autorità cantonale,

⁴⁵⁾ Art. 28 OE: « Il diritto di pegno si estende solo a quella quota di sussidio che spetta al committente del lavoro conformemente allo stato dei lavori e che non è ancora stata versata... »

Art. 29 al. 2 OE: « ... L'intimazione specificherà che i crediti non fatti valere in tempo utile non saranno presi in considerazione al momento della ripartizione dei sussidi non ancora versati. »

⁴⁶⁾ L'artigiano deve pur rendere verosimile come il suo credito sia effettivamente in pericolo (art. 29 al. 1 OE). Non è d'altro canto detto che la costituzione di un'ipoteca legale ai sensi dell'art. 837 cf. 3 CCS presenti necessariamente a questo riguardo, come si ha troppo la tendenza a credere, un'effettiva e sufficiente garanzia; non devesi invero dimenticare che un'eventuale iscrizione di nuove ipoteche legali già potrebbe praticamente pregiudicare, in virtù dell'art. 840 CCS, l'iniziale garanzia offerta al titolare del diritto di pegno precedentemente iscritto.

nel caso per scaglioni ⁴⁷, agevolando in conseguenza il pagamento dei primi anticipi.

Mancando una qualsiasi disposizione che espressamente lo vieti ⁴⁸, pure dovrebbero in principio i legittimati (entro il quadro della norma generale - art. 20 CO) poter preventivamente rinunciare ad un esercizio del proprio diritto di pegno sui sussidi. Anche si lascerebbe dunque, quale pratica soluzione, stipulare una speciale convenzione, da includere in tutti i contratti di lavoro e d'appalto, ad es. del seguente tenore:

« Egli (artigiano, fornitore, architetto) dichiara inoltre ai termini della presente convenzione di rinunciare espressamente ad un esercizio di un diritto di pegno, di cui all'art. 9 del decreto federale..., alla condizione che la Banca... si impegni da canto suo a versare anticipatamente a tutti gli imprenditori, operai, fornitori ed architetto che prendono parte all'esecuzione dei lavori i sussidi previsti per la costruzione, conformemente al progredire dei lavori ed in proporzione alle prestazioni del singolo ».

Meglio sarebbe stato in ogni caso, e del resto più semplice, che la legge stessa avesse direttamente provveduto a limitare e fissare equamente le obbligazioni derivanti in particolare al cessionario nei confronti dei legittimati al diritto di pegno, così stabilendo un sistema di ripartizione dei sussidi tenente calcolo, con più ampio respiro, della proporzione in cui hanno i singoli artigiani contribuito con le proprie prestazioni all'opera di costruzione (e non unicamente quindi sulla base dei lavori eseguiti in un dato periodo), e riducendo d'altra parte, analogamente come visto dunque per l'ipoteca legale (art. 841 al. 1 CCS) ⁴⁹, la *responsabilità* del cessionario alla diligenza da lui richiesta nelle date circostanze per la determinazione e versamento delle quote di anticipo pagabili ai singoli legittimati.

⁴⁷) Cf. nota ⁴⁶).

⁴⁸) Contrariamente a quanto previsto per l'ipoteca legale (cf. art. 837 cp. 2 CCS).

⁴⁹) Vedi cap. I, II.

CAPITOLO III.

Copertura del credito

I. FORME DELLA GARANZIA.

Anche crediti futuri o soltanto possibili e d'importo indeterminato o variabile possono, sotto l'osservanza del principio di specializzazione, venir garantiti dall'ipoteca (art. 824 CCS). Fissato dev'esser in tal caso ed unicamente l'importo massimo della garanzia immobiliare per tutte le pretese del creditore (art. 794 al. 2 CCS). Esempi di crediti garantiti dall'*ipoteca massima* ¹⁾ sono appunto i mutui in conto corrente e le aperture di credito.

Oggetto di discussione è se un diritto di pegno massimo possa esser costituito solo quale ipoteca od ugualmente quale cartella ipotecaria e rendita fondiaria ²⁾. Risulta dall'art. 855 al. 2 CCS come l'esclusione di una novazione del rapporto creditorio si lasci ed unicamente realizzare mediante la stipulazione di una speciale convenzione, la quale non godrebbe d'altro canto di alcuna pubblicità, essendo appunto solo opponibile alle parti ed ai terzi che non fossero in buona fede; per cui meglio sarà non parlare, nel caso particolare, di un pegno immobiliare massimo, mancandone invero ogni riconoscimento ufficiale ³⁾. Con uguale risultato si potrebbe ricorrere alla

¹⁾ Cf. la Letteratura consultata, in particolare Rosenstiel, Leemann, art. 794, N. 10.

²⁾ I limiti dell'aggravio fissati dalla legge federale (art. 848 CCS) già escludono a priori la costituzione di una rendita fondiaria a garanzia di un'apertura di credito per costruzioni.

³⁾ Pure in senso negativo: Schönberg, ZSR 46, pag. 103; mentre in senso affermativo: Rosenstiel, pag. 38 (e gli autori da lui citati).

semplice costituzione di un pegno manuale su titoli ipotecari. Detti titoli, di solito al portatore, formano infatti largamente cari, offrendo essi i vantaggi di sfuggire alle tasse dei prestiti ipotecari, di dare grande mobilità al conto con poche formalità e spese e di facilitarne la realizzazione forzata. Il mutuatario rilascia così all'accreditante, quale pegno manuale e prima in ogni caso di un'utilizzazione del credito, un titolo ipotecario intestato al portatore od all'ordine del mutuante. Ultimati i lavori ed estinto l'obbligo di accreditamento, la cartella ipotecaria viene ridotta all'importo del credito effettivamente versato e ceduta quindi definitivamente alla creditrice. Ancora potrà il mutuatario provvedere eventualmente solo a parziali e periodiche coperture del prestito stesso mediante la successiva rimessa, a seconda del procedere dei versamenti, di più cartelle ipotecarie d'importo limitato e maggiormente precisabile.

E' vero che un'espressa disposizione che preveda la garanzia con pegno di crediti futuri è contenuta nel CCS soltanto per l'ipoteca (art. 824). Ma dalla mancanza di una simile disposizione per il *pegno mobiliare* di fronte al laconico regolamento di questo istituto, può tanto meno esser dedotto, che lo stesso non possa esser costituito per crediti futuri: quando già era ammesso dalla giurisprudenza sotto l'impero del vecchio codice delle obbligazioni, senza che fosse consentito da una espressa disposizione di legge. Il pegno manuale di titoli ipotecari è valido anche per crediti futuri ed il diritto stesso acquista pure per detti crediti il suo grado dal momento della costituzione del pegno ⁴⁾. La giurisprudenza federale si è infine sempre mostrata unitaria, dichiarando in particolare valida la costituzione in pegno di cartelle ipotecarie (rendite fondiari) erette in nome del proprietario del fondo gravato e date da lui in pegno, i titoli in questione avendo carattere

⁴⁾ Cf. TF 51 II 273.

di carte-valori negoziabili e soggiacenti così alla esecuzione in via di realizzazione del pegno manuale ⁵⁾).

Questa forma di garanzia rimane naturalmente esclusa per crediti di costruzione, qualora fosse cantonalmente prescritto che le cartelle sieno costituibili soltanto per il valore di stima o fino ad una determinata parte dello stesso (art. 843 CCS). Ma anche non sembra trovare il pegno manuale nel caso particolare, indipendentemente da limitazioni legali, sempre facile ed incondizionata applicazione. La costituzione di un titolo ipotecario abbisogna generalmente di maggior tempo che non quella di una semplice ipoteca: viene ora fatta l'esperienza come spesso attenda il costruttore fino all'ultimo momento, quando già trovasi in strettezze finanziarie, prima di rivolgersi con la propria istanza di credito ad enti bancari e privati, i quali dovrebbero dunque poter mettere tempestivamente a disposizione del cliente le somme almeno di prima urgenza. D'altro canto non pochi istituti di credito già danno in principio la preferenza ad una regolare costituzione d'ipoteca d'importo massimo con il suo chiaro significato di accessorio, ipoteca che verrà poi convertita, a costruzione ultimata, nella sua forma definitiva; o, nella pratica anche non raro, lasciata come tale semplicemente sussistere, riducendo così le spese d'iscrizione, oltre il termine di chiusura del conto creditori e l'avvenuto consolidamento del credito medesimo.

⁵⁾ Cf. in particolare: rep. XII, pag. 100; TF 44 II 250. In contradizione manifesta con la giurisprudenza è la tesi formulata da Guisan: vedi rep. XI, pag. 315 ss. Dell'avviso del Trib. Fed. sono pure: Leemann, art. 859, N. 11; ed in principio Wieland, art. 859, Nota 6d, secondo il quale il diritto di pegno del proprietario risulterebbe un diritto di pegno condizionato da crediti futuri ancora indeterminati e verrebbe conseguentemente convertito solo con la consegna del titolo a terza persona in un vero diritto di pegno incondizionato. Anche per Wieland il rango del diritto di pegno del proprietario viene determinato dal momento in cui è avvenuta l'iscrizione, e non eventualmenete dal momento della consegna del titolo da parte del proprietario. Cf. ancora Kaderli, pag. 66.

II. L'ESTENSIONE DELLA GARANZIA IMMOBILIARE SUGLI ACCESSORI.

Il diritto di pegno immobiliare investe per legge (art. 805 CCS) l'intero corpo del fondo, le sue parti costitutive (art. 642, 613), accessori (art. 644, 645), crediti per pigioni e fitti (art. 806), indennità procedenti da assicurazioni (art. 822), diritti reali congiunti con la proprietà sul fondo, ecc. La responsabilità del pegno si estende dunque in particolare anche agli accessori del fondo costituito in pegno e, come riguardo alle parti costitutive, senza che occorra distinguere se esistessero già al momento in cui fu costituito il pegno o siano stati invece aggiunti solo più tardi, e se il creditore abbia contezza della loro esistenza ⁶⁾. Determinante è che l'oggetto possieda i requisiti fissati dall'art. 644 CCS ⁷⁾. I mobili che arredano una casa d'abitazione non potranno così, e neppure per volontà manifesta del proprietario della cosa principale, esser considerati come accessori nè esser compresi nell'ipoteca costituita sulla casa, tranne casi speciali, dove si tratti effettivamente di oggetti annessi e connessi od altrimenti posti perchè servano alla medesima. Diversamente potrà invece estendersi il diritto di pegno alla mobilia di un albergo, per la quale anche risulta realizzata la condizione oggettiva della destinazione economica, richiedente che l'oggetto sia durevolmente destinato all'uso della cosa principale. Ancora si renderà d'altro canto necessario od il concetto usuale del luogo, che stabilisca per la cosa di carattere obiettivo di accessorio, oppure l'elemento soggettivo dell'intenzione chiaramente manifesta del proprietario di voler considerare il mobile quale un accessorio del fondo. In particolare devesi ritenere assodato, come il nostro concetto usuale non attribuisca qualità di accessorio ai mobili di un albergo ⁸⁾, per la qual cosa dovrà

⁶⁾ Leemann, art. 805, n. 46.

⁷⁾ Cf. Leemann e Wieland, art. 644 ss.

⁸⁾ Anche il codice civile ticinese non attribuiva al mobilio d'albergo il carattere di immobili per destinazione.

il voluto carattere di accessorio esser inequivocabilmente manifestato dal proprietario come tale, così mediante speciale menzione nel registro fondiario (art. 805 al. 2 CCS). La dichiarazione di volontà, che soltanto sostituisce il concetto dell'uso locale, può del resto venir chiaramente espressa anche altrimenti, ad es. figurare nel contratto stesso di pegno, e senza iscrizione nel registro fondiario, l'esternazione della volontà del proprietario non essendo vincolata, ai sensi dell'art. 644 al. 2 CCS, ad alcuna forma. Chiaro è che la qualità di accessorio anche sarà attribuibile a mobili non appartenenti al proprietario dell'immobile: il testo stesso della legge chiaramente esprime in questo senso la volontà del redattore del codice, precisamente l'art. 805 al. 3 che riserva « i diritti di terzi » sugli accessori, riserva invero sprovvista di senso se l'accessorio dovesse di necessità appartenere al proprietario dello stabile ⁹⁾).

Se nulla s'opponesse a ciò che un oggetto non appartenente al proprietario della cosa principale diventi accessorio di questa, limitato è per contro il diritto di pegno del creditore ipotecario nei confronti del diritto di proprietà di terzi sugli accessori, così nel caso particolare di una vendita sotto riserva di proprietà. A seconda che il mutuante possa o no far affidamento sulla garanzia supplementare offerta ad es. dal mobilio di un costruendo albergo, anche si lascerà in proporzione determinare in base ai limiti di sicurezza imposti, rispettivamente dunque aumentare o ridurre, l'importo stesso del prestito ipotecario. Discorde è la dottrina: mentre alcuni autori, tra i quali lo stesso relatore di lingua tedesca al Consiglio degli Stati, Hoffmann (Boll. sten. XVI, pag. 1394), vorrebbero ammettere esser in ogni caso il proprietario dell'accessorio tutelato ai sensi dell'art. 805 al. 3 CCS nei con-

⁹⁾ Cf. TF 54 III 18/19; 56 II 186; 60 II 194; Leemann, art. 805, N. 45 ss.

fronti del creditore ipotecario ¹⁰⁾ altri, sull'esempio di Huber (Motivi 193), fanno dipendere la soluzione del problema dalla buona o mala fede del creditore ipotecario ¹¹⁾. Entrambe le teorie sembrano invero rivendicare un'applicazione troppo estensiva ed esporsi in conseguenza, sia l'una che l'altra e su tratta diversa, a valide controargomentazioni. Non vuole nè può qui essere discusso il problema generale, lasciandosi questo per noi ridurre al caso più particolare di un acquisto di accessori (risultanti ancora proprietà di terzi) a *costituzione già avvenuta* del diritto di pegno immobiliare. Leemann formula il principio (art. 805, N. 82), secondo cui il diritto pignoratizio anche grava gli accessori che furono consegnati al proprietario del fondo sotto riserva della proprietà, se nel momento in cui fu creato il diritto di pegno, o per noi in quello (successivo) in cui vennero procurati gli accessori, egli non conosceva e non poteva conoscere l'iscrizione della riserva di proprietà. E valide almeno per la seconda parte sono le obiezioni sollevate da quanti giustamente si chiedono come debbasi valutare nel caso, la nozione stessa portando in sè qualche complicazione, la buona fede del creditore ipotecario. Se gli accessori già esistevano sull'immobile al momento della costituzione di pegno, la questione non solleva difficoltà: «... ma quid se gli accessori sono stati acquisiti posteriormente alla costituzione del pegno? Dire con l'appellata che in tal caso il creditore sarà sempre considerato come essendo in buona fede, sarebbe manifestamente ingiusto. Quanto alla soluzione di Leemann, nel senso che occorre porsi al momento della compera e dell'introduzione dell'accessorio dell'immobile, nulla essa risolve, perchè a quel momento il creditore non ha più nulla da fare, nessun atto giuridico da compiere e non puossi quindi par-

¹⁰⁾ Cf. Pfeiffer: Les accessoires immobiliers et l'hypothèque, pag. 97 ss.

¹¹⁾ Wieland, art. 805, N. 7; Leemann, art. 805, N. 79 ss.

lare nè di buona nè di mala fede» ¹²⁾. Esclusa sembrerebbe dunque essere un'applicazione per analogia dell'art. 933 CCS ai rapporti fra venditore con riserva di proprietà e creditore ipotecario, in genere qualora gli oggetti rimasti in proprietà del venditore avessero acquisito il carattere di accessori venendo successivamente aggiunti all'immobile e solo dopo la costituzione del diritto di pegno. Determinante è al riguardo il senso stesso del sopra citato disposto, che richiede, se non una diretta traslazione di possesso e non pretesa in particolare ai termini dell'art. 805 al. 1 per la costituzione di un diritto di pegno sugli accessori di un fondo, per lo meno un'azione distinta e concentrata sull'oggetto da parte del ricevente in pegno, capace quindi di contenere il concetto stesso di buona o cattiva fede; e soprattutto la *evitabilità* dell'operazione avvenuta, di un'azione cioè che l'acquirente del diritto appunto non avrebbe compiuta se avesse avuto contezza della particolare proprietà gravante sull'oggetto: cosicchè anche presupponendo che in un singolo caso potesse venir ravvisata nel procedere del creditore pignoratizio la necessaria ampiezza per la determinazione di una buona fede (il creditore conosce e del resto calcolava sull'aggiunta di specificati accessori che non sa e non poteva sapere venduti sotto la riserva di proprietà) ed esser così tolta all'operazione medesima la disqualifica iniziale di pura casualità nei confronti del presupposto acquirente del pegno, sempre rimarrà il fatto come a quest'ultimo era ormai indifferente, al momento dell'aggiunta degli accessori, di sapere o no della convenuta riserva di proprietà, non avendo egli infatti più alcun atto da compiere od evitare dopo l'avvenuta apertura del credito ipotecario. Altrimenti invece, a nostro avviso, qualora avesse l'accreditante espressamente condizionata a contratto il versamento di una quota restante sul mutuo — e coperta secondo l'intenzione dello stesso creditore dal valore di detti accessori — all'aggiunta di quest'ultimi al fondo ri-

¹²⁾ Rep. LXVII, pag. 496/97.

conoscibilmente quale proprietà del mutuatario e tostochè avvenuta in particolare la traslazione di possesso tra il venditore ed il proprietario della costruzione¹³): qui essendosi il mutuante ancora riservata la possibilità di sottrarsi ad un successivo obbligo di accreditamento e di compiere dunque un atto giuridico.

III. L'ESTENSIONE DEL CREDITO GARANTITO.

Il diritto di pegno nasce materialmente e si estingue con il credito, di cui forma il diritto accessorio. Secondo il principio di specializzazione solo un importo di credito numericamente stabilito può venir posto a base di una costituzione in pegno (art. 794 al. 1 CCS); ed invero basterà per la determinazione del credito garantito, se il credito già esiste, la semplice designazione del suo importo, senza quella della causa dell'obbligo (art. 17 CO). Determinante diviene per contro, per la designazione del credito o crediti futuri ed ancora indeterminati, garantiti da un'ipoteca d'importo massimo, l'indicazione risultante dal contratto di pegno del rapporto causale speciale (ad es. un contratto di credito in conto corrente) od eventualmente della causa generale (esempio: una garanzia pignoratizia viene costituita per tutti i crediti che deriveranno in futuro, per un qualsiasi motivo, a A verso B)¹⁴). Il nostro codice non conosce la norma secondo cui la costituzione in pegno con atto giuridico permette al creditore pignoratizio di invocare la responsabilità del pegno per altri crediti non menzionati dal contratto di pegno (*Pignus Gordianum*). Un diritto di pegno viene così costituito a garanzia unicamente di crediti espressamente designati e derivanti da un precisato rapporto giuridico: o, come è solitamente specificato per un'apertura di credito, « a garanzia della restituzione della somma avuta a mutuo e del pagamento degli in-

¹³) Il patto di riserwa di proprietà non è valevole (possibile) che se concluso prima della traslazione del possesso (proprietà): TF 51 II 135.

¹⁴) Cf. Leemann, art. 799, N. 37-39.

teressi, provvigioni, spese esecutive e giudiziali ¹⁵⁾, ed ogni altra prestazione dovuta a dipendenza del presente contratto » ¹⁶⁾; mentre esclusi dalla garanzia sono crediti estranei al rapporto giuridico: nella fattispecie, obbligazioni derivanti da indebito arricchimento, da atti illeciti, ecc. Un'azione di indebito arricchimento si lascerebbe immaginare nel caso particolare, qualora dovesse l'accreditante richiedere la restituzione di uno dei versamenti da lui effettuati al mutuatario, e che quest'ultimo avrebbe utilizzato, contrariamente agli accordi stipulati, a scopi estranei all'opera di costruzione: il creditore anche solo essendosi invero obbligato a rimettere al convenuto le somme di prestito necessarie e destinate al pagamento degli imprenditori, operai e fornitori, e non a concedere dunque *qualsiasi* od altro mutuo, e per impieghi diversi. La somma contestata venne allora versata nell'erronea supposizione di eseguire una prestazione a contratto, mentre in realtà fu questa consegnata senza valida causa (art. 62 ss. CO) ¹⁷⁾.

Si è ora l'accreditante espressamente riservata a contratto la facoltà di pretendere, così sotto determinate condizioni, l'impiego totale del credito concesso per la costruzione ¹⁸⁾, anche potrà egli nel caso richiedere l'utilizzazione, e questa volta a titolo effettivo di mutuo, della quota precedentemente versata ed altrimenti impiegata: somma che sarà d'altro canto garantita dal diritto di pegno immobiliare, solo in quanto sia stata preventivamente inclusa a contratto la

¹⁵⁾ Nel caso di un'ipoteca massima si fa infatti luogo all'inoltro dei crediti accessori, di cui all'art. 818 CCS, nell'importo massimo inserito a Registro (Cf. Rosenstiel, pag. 71 ss.; Leemann, art. 818, N. 22; Ste. Bull. 1906 pag. 618) : crediti quindi, che più non venendo garantiti per legge, dovranno esser espressamente menzionati a contratto. Altrimenti per i crediti, cui il legislatore ha appositamente riservato un diritto di pegno legale ed a sè stante (art. 808, 810 al. 2, 819, ecc. CCS).

¹⁶⁾ Da uno schema per istromenti di mutuo ipotecario.

¹⁷⁾ Pure potrà essere espressamente notificato a contratto come siano da considerare quali quote sul mutuo solo le somme versate ed effettivamente utilizzate allo scopo cui erano devolute.

¹⁸⁾ Cf. cap. II, III, A3/.

clausola generale, secondo cui la garanzia ipotecaria si estenderebbe a *tutte* le obbligazioni derivanti per il futuro all'accreditante verso il mutuatario ¹⁹⁾. E' quindi in particolare reso possibile al creditore pignoratizio anteriore di sottrarsi ad un'eventuale azione di privilegio (art. 841 al. 1 CCS), versando nuovamente, per un giusto impiego e quale quota sul mutuo, la somma precedentemente distolta agli imprenditori ed operai, alla condizione che quest'ultimo importo del credito, meglio la somma recuperabile con azione di indebito arricchimento e concorrente a gravare il fondo oltre il normale importo del mutuo, ancora venga *coperta* dal valore del terreno o delle prestazioni di creditori non legittimati all'ipoteca legale ²⁰⁾, o risultino in tal modo gli artigiani ed appaltatori integralmente tacitabili. La formula usualmente applicata per la determinazione dell'importo massimo da iscrivere a Registro dovrebbe dunque venir completata nel senso:

$$S = s + \frac{4 \times 5 \times s}{100} + X \text{ } ^{21)}).$$

¹⁹⁾ In questo senso si lascerebbe dunque detta convenzione riportare sotto l'interpretazione restrittiva cui soggiace la clausola generale del contratto di pegno, non potendo questa sussistere nella sua generalità di fronte all'art. 27 al. 2 CCS: « Di conseguenza la clausola è valida solo in quanto per « obbligazioni non ancora sorte » si intendono quelle al cui sorgere nell'avvenire le parti hanno potuto e dovuto ragionevolmente pensare, in altre parole quelle la cui creazione entrava nel campo delle relazioni di affari già esistenti ed in ogni caso previste fra i contraenti » (Rep. X, pag. 714). Cf. ancora TF 69 II 286.

²⁰⁾ Vedi cap. I, II.

²¹⁾ S = cifra massima di garanzia; s = importo massimo del credito capitale; 5 = presupposto tasso d'interesse. Cf. Jenny: Schweiz. Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, 10 Jahrg., pag. 177 ss. Il tasso d'interesse anche potrà non raggiungere il 5%: questa percentuale viene ora calcolata in previsione non tanto di un eventuale e successivo aumento del tasso, ma piuttosto di una futura conversione dell'ipoteca massima in un'ipoteca a garanzia di un mutuo fisso e di una conseguente riduzione nel nuovo pegno dell'importo inizialmente iscritto a Registro, qualora già fossero iscritti diritti di pegno di rango posteriore. Per la determinazione della quota di riduzione dovrà infatti venir tenuto calcolo di un tasso del 5%, solo così potendo esser assicurato che la somma massima garantita dalla precedente iscrizione non venga per il futuro eventualmente sorpassata in seguito ad un aumento del tasso inizialmente convenuto (art. 813 al. 2 CCS).

dove X starebbe ad indicare il margine di sicurezza per ulteriori crediti oggetto della garanzia immobiliare.

Secondo la giurisprudenza federale la modificazione di un atto ipotecario già esistente richiede per la sua validità l'atto pubblico (art. 799 al. 2 CCS), eccettuate le stipulazioni complementari che liberano il gravato, quali ad esempio lo sgravio del pegno o la riduzione della somma garantita. La trasformazione di un'ipoteca d'importo massimo in un'ipoteca a garanzia di un mutuo fisso non porterebbe seco, in particolare, una siffatta liberazione, «ma ha come conseguenza — dichiarava il Tribunale Federale (TF 75 I 340) —, anche se il debito non è aumentato, la trasformazione dell'attuale specie di pegno. Anzi, in concreto — ancora specificava — dalla trasformazione risulterebbe un aumento del debito, perchè all'attuale ammontare massimo... verrebbero ad aggiungersi gli interessi sul mutuo». Infatti si era l'attrice nella fattispecie limitata a chiedere che venisse completata l'iniziale iscrizione mediante l'annotazione del saggio massimo d'interesse. L'Ufficio dei Registri già aveva respinto detta richiesta, perchè in realtà non si sarebbe trattato di una modifica dell'interesse, ma della trasformazione di un'ipoteca a garanzia di un conto corrente in un'ipoteca a garanzia di un mutuo fisso, trasformazione che esigerebbe in principio l'atto pubblico.

Anche il Tribunale Federale sembra condividere l'opinione (a parte dunque il caso di una maggiorazione della somma garantita dal pegno), secondo cui il consolidamento di un debito in conto corrente, ossia la sua trasformazione in un mutuo fisso, è una modifica essenziale del rapporto giuridico, che deve pertanto esser constatata mediante atto pubblico. Tale asserzione sembra invero eccedente: lo stesso Leemann, citato a convalidare la tesi sostenuta, ritiene obbligatorio l'atto pubblico per una convenzione successiva, solo in quanto abbia luogo, in particolare, uno *scambio del credito*, per modo che al posto del credito fin'ora garantito o di una data categoria

o cerchia di crediti subentri un altro rapporto obbligatorio ²²⁾. Abbiamo rilevato essere il contratto d'apertura di credito caratterizzato da un doppio rapporto giuridico ²³⁾. Non può dunque esser questione, parlando di un consolidamento di un debito in conto corrente, di una « modifica essenziale del rapporto giuridico » o di una stipulazione complementare in contraddizione con l'atto pubblico (art. 12 CO), bensì ed unicamente dell'estinzione dell'obbligo stesso di accreditamento, per cui non già è stato il contratto « modificato », ma giunta è invece l'operazione di credito alla sua normale conclusione. Il credito in conto corrente non si è « trasformato » in un mutuo fisso, ma semplicemente si è stabilizzato al suo importo definitivo. Il prescritto concernente la forma si applica quindi alle modificazioni del contratto di pegno solo in quanto *l'obbligo venga accresciuto* o solamente *modificato*; per cui anche viene annoverata tra dette modificazioni la *conversione stessa della specie di pegno*, così ad es. la conversione di un'ipoteca in una cartella ipotecaria ²⁴⁾; anche trattandosi in quest'ultimo caso di una vera e propria mutazione del credito medesimo (novazione — art. 855 al. 1 CCS) quanto non si lascia dire invece per la conversione di un'ipoteca d'importo massimo in un'ipoteca a garanzia di un mutuo fisso.

²²⁾ Cf. Leemann, art. 799, N. 58.

²³⁾ Vedi cap. II, III.

²⁴⁾ Cf. Leemann, art. 799, N. 56.

LETTERATURA CONSULTATA

- Aerboe : Die Bewertung von Landstücken und Grundstücken. - Berlin 1924.
- Aeschlimann O.: Der Krediteröffnungsvertrag nach schw. Recht. Diss. Bern 1925.
- Betti-Weber : Trattato di Banca e di Borsa. - Milano 1920.
- Blumenstein E. : Handbuch des schweiz. Schuldbetreibungsrechts. Bern 1911.
- Bolla P. : La costituzione in pegno dei crediti secondo il CCS. ? Bellinzona 1921.
- Butscher L. : Krediteröffnungsvertrag u. Kontokorrent, mit bes. Berücksichtigung der Kontokorrent-Kreditbürgschaft. - Diss. Basel 1938.
- Eberstadt R. : Handbuch des Wohnungswesens. - Jena 1917.
- Fischer P. : Das Darlehen und die Abgrenzung von den ihm ähnlichen Rechtsgeschäften. - Diss. Bern 1929.
- Geiger P. : Die Rechtsbeziehungen im Hypothekarkreditgeschäft. - Diss. Zeh. 1939.
- Göschke R. : « Die Klage des Bauhandwerkers gegen den vorgehenden Pfandgläubiger », in ZBJV, 1929, p. 289 ss. (Bd. 78, p. 241 ss.).
- Greber J. : Das Kontokorrentverhältnis. - Leipzig 1893. Handwörterbuch des Bankwesens, herausg. von M. Palyi und P. Quittner. - Berlin 1933.
- Hasler A. : Der Krediteröffnungsvertrag. - Diss. Basel 1927.
- Hatt. E. : Zur Frage der privaten Wohnungsbaufinanzierung, unter bes. Berücksichtigung der II. Hypothek. - Zeh. 1938.
- Herschsohn H. : Die Kündigung im schw. Obligationenrecht. - Diss. Zeh. 1925.
- Hofmann P. : Die gesetzlichen Grundpfandrechte des art. 837 ZGB, insbes. das Bauhandwerkerpfandrecht. - Diss. Zeh. 1940.
- Homberger H. : Der Kontokorrent im Bankgeschäft. - Diss. Zeh. 1944.
- Hottinger M. : Die Baubedingung. - Diss. Zeh. 1941.
- Kaderli R. : Die Sicherung des Bankkredites. - Diss. Bern 1938.

- Käferlin H. : Der Bankkredit und seine Sicherungen. - Nürnberg 1918.
- Kaestli F. : Die schweizerische Gesetzgebung auf dem Gebiete des Bau- und Wohnungswesens. - Diss. Bern 1919.
- Keilhau W. : Die Wertungslehre. - Jena 1923.
- Klausning F. : « Der Krediteröffnungsvertrag », aus dem Sonderheft des 6. Jahrg. der Zeitschrift für ausländisches u. internationales Privatrecht, Berlin 1932, p. 77 ss.
- Klöti E. : Das Baurecht des ZGB im Dienste kommunaler Boden- und Wohnungspolitik (Statistik der Stadt Zürich Heft 52). - Zeh. 1943.
- Klöti E. : Wohnungsbau in Krisenzeit (Schriftenreihe zur Frage der Arbeitsbeschaffung - Bautechnische Reihe Nr. 9: Sozialer Wohnungs- und Siedlungsbau). Zeh. 1944.
- Koch A. : Banken und Bankgeschäfte. - Jena 1931.
- Kreis H. : Der Architektenvertrag. - Zeh. 1938.
- Küng H. : « Die Kreditprüfung », Zeitschrift für schw. Statistik und Volkswirtschaft, 80. Jahrg. Heft 3, 1944.
- Langenegger K. : Die Sicherungsbefugnisse des Grundpfandgläubigers gegen Wertverminderung des Unterpfandes nach schw. Recht. - Diss. Zeh. 1921.
- Leemann : Sachenrecht, in -Gmür Kommentar zum ZGB. - Bern 1920 (Traduzione di L. Colombi, Bellinzona, 1924).
- Leistner H. : Die Bewertung des städtischen Realbesitzes für die hypothekarische Belehnung. - Berlin 1929.
- Lilienfeld : De l'hypothèque et des loyers et fermages. - Diss. Laus. 1941.
- Lütge F. : Wohnungswirtschaft. - Jena 1940.
- Meier E. : Das Eigentümergrundpfand des schw. Recht, mit Berücksichtigung des BGB. - Diss. Leipzig 1917.
- Nyffeler A. : Die Verbilligung der Wohnungsproduktion in der Schweiz. - Diss. Neuch. 1938.
- Oftinger K. : Schweizerisches Haftpflichtrecht. - Zürich 1940.
- Oser H. : Kommentar zum schw. Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, I. Teil, 2. Auflage, Zeh. 1929.

- Oser H. : « Kreditrecht » (Handwörterbuch der schw. Volkswirtschaft, Bd. 2, p. 821 ss. - Bern 1905).
- Pöschl A. : Pöschl A.: Produktive Kreditschöpfung. - Berlin 1938.
- Ramseyer E. : Baugläubigerpfandrecht, Baukredit und Treuhänder. - Diss. Bern 1924.
- Reiner R. : Die Behausungsfrage. - Zeh. 1947.
- Rytz W. : Die Technik des Hypothekarkreditgeschäftes. - Diss. Bern 1935.
- Rosenstiel H. : Die Maximalhypothek nach dem schw. ZGB. - Diss. Zeh. 1917.
- Schade G. : Gemeiner Wert und Ertragswert. - Leipzig 1919.
- Schmitz : Das Baupfandrecht. - Bern 1923.
- Schulte : « Die Hypothekenbanken », Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Bd. 154.
- Segesser R. : Die Rechte des Grundpfandgläubigers bei Gefährdung seiner Pfandsicherheit. - Diss. Bern 1922.
- Simond F. : L'hypothèque légale de l'entrepreneur en droit suisse. - Thèse Laus. 1924.
- Terhalle F. : Die Kreditnot am städtischen Grundstücksmarkt. Jena 1916.
- Weber H. : Die Finanzierung des Wohnungsbaues. - Zeh. 1920.
- Weinmann O. : Die Sicherung der nachgehenden Hypothek. Diss. Zeh. 1937.
- Weiss G. : Das Recht der Grundpfandgläubiger an den Erträgen des verpfändeten Grundstückes. - St. Gallen 1936.
- Wieland C. : Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Zeh. 1909.
-

CONDIZIONI GENERALI PER CREDITI DI COSTRUZIONE

MUTUI CON IPOTECA SU FABBRICATI IN CORSO DI COSTRUZIONE O DI RIATTAZIONE

Dietro espressa richiesta, può essere concesso al mutuatario di contrarre il prestito e di disporre anche *prima dei tre mesi* dalla ultimazione delle opere, nel cui caso le condizioni da osservare sono le seguenti:

- a) Devono essere preventivamente prodotti alla Banca i progetti e preventivi, come pure i contratti con gli impresari, artigiani, nonchè le fatture pagate e da pagare, ecc.
- b) Occorre inoltre produrre gli atti comprovanti che con il prestito sollecitato e con i mezzi propri disponibili il mutuatario è in grado di assicurare il finanziamento completo dei lavori previsti.
- c) Tosto completato l'incarto ipotecario secondo le norme vigenti, a valere sul ricavo del prestito e dopo giustificazione dei pagamenti già effettuati, la Banca eseguirà per conto del mutuatario — man mano con il progredire dei lavori — adeguati pagamenti in acconto od a saldo delle fatture che saranno ad essa presentate. Queste dovranno essere munite di benestare del mutuatario o da chi a ciò espressamente autorizzato. La Banca si riserva di ripartire gli importi disponibili fra i diversi fornitori.
- d) Per fabbricati di nuova costruzione nessun pagamento verrà effettuato, di regola, prima dell'avvenuta posa del tetto.
- e) La Banca si riserva il diritto di controllare in ogni tempo la esecuzione dei lavori, senza però assumere responsabilità al riguardo.
- f) Per le prestazioni della Banca, in ordine ai previsti controlli, ecc., viene conteggiata una provvigione di %, una volta tanto, sul capitale mutuato. Questa provvigione non viene prelevata se si dispone del mutuo solo dopo tre mesi dalla ultimazione dei lavori.

Visum von Arch. ...
erforderlich.

....., den 19..... *F.*..... B.....

Zürcher Kantonalbank in Zürich

*Bei Sicht zahlen Sie gegen diese Anweisung an
..... oder Ordre*

Franken

für geleistete Arbeit bzw. Materiallieferung an Neubau

N° 422394 *

Konto:

An die Zürcher Kantonalbank

Im Verkehr mit Ihrem Institute unterzeichne ich:

(Unterschrift)

Bis auf weitere Anzeige an Sie erteile ich Vollmacht an nachbenannte Personen, mich Ihrer Bank gegenüber rechtsgültig zu vertreten und insbesondere über mein Konto einzeln und unbeschränkt, auch zu eigenen Gunsten, zu verfügen. Jeder Bewollmächtigte ist ermächtigt, auch allfällige bestehende oder noch zur Anweisung gelangende Kredite zu benutzen und den Richtigbefund von Rechnungsauszügen zu bestätigen.

Name und Vorname:

Unterschrift des Bevollmächtigten:

Bemerkungen:

Unterschrift des Kontoinhabers:

Freibleibende Linien gefl. durchstreichen!

ANNESSO N. 4

, den

D..... Unterzeichnete

erkläre anmit, dass die nachbezeichneten Handwerker und Firmen Bauarbeiten an dem fragl. Neubau zu den unten angegebenen Akkordsummen übernommen haben. Soweit an die Bauforderungen Teilzahlungen geleistet worden sind, sind sie in der betreffenden Rubrik vorgemerkt. Die Empfangsbescheinigungen und die Bauverträge sind dieser Aufstellung beigelegt.

Ausser den in diesem Verzeichnis aufgeführten Personen, sind keine weiteren Handwerker und Materiallieferanten forderungsberechtigt.

Unterschrift:

[illegible]

Zürich, den

.....

.....

Wie Sie der Beilage entnehmen wollen, ist Ihrem Gesuch um Beilehnung Ihrer Neubaute entsprochen worden.

Wir eröffnen Ihnen einen Baukredit von Fr., welcher durch ein auf das Baugrundstück in Form einer Grundpfandverschreibung einzutragendes Pfandrecht im Betrage von Fr. sicher zu stellen ist. Mit dem Fortschreiben der Baute kann der Kredit entsprechend erhöht und nach Bauvollendung, bezw. nach Ablauf der für Anmeldung von Baupfandrechten laufenden dreimonatlichen Frist, in ein festes Darlehen umgewandelt werden. Für die Festsetzung des letzteren ist der Betrag der Grundpfandverschreibung nicht massgebend.

Was die *Benutzung des Kredites* anbetrifft, so erlauben wir uns, Sie auf folgendes aufmerksam zu machen.

Gemäss den Bestimmungen des Zivilgesetzbuches über den Schutz der Bauhandwerker (Art. 837 bis 841) ist über die den Bodenwert übersteigende Kreditsumme in erster Linie zu Gunsten der Bauhandwerker nach Massgabe ihrer durch die Bauverträge begründeten Bauforderungen zu verfügen. Die Bank hat die Verwendung des Kredites zu kontrollieren, wenn sie sich nicht der Anfechtung ihres Pfandrechtes durch die Bauhandwerker aussetzen will. Um diese Kontrolle ausüben zu können, sind der Bank die *Namen der beteiligten Bauhandwerker, der Betrag ihrer Forderungen*, die bereits an sie *erfolgten Zahlungen* und die — abzüglich der Garantiesummen — noch zu *leistenden Zahlungen* aufzugeben.

Für diese Aufstellung wollen Sie das *beiliegende Formular* benützen und dasselbe wahrheitsgetreu ausfüllen. Dasselbe ist uns nebst den schriftlichen Bauverträgen und den Quittungen für bereits geleistete Zahlungen, spätestens mit Einreichung des notarialischen Zeugnisses über die vollzogene Eintragung des Pfandrechtes, einzureichen.

Wir empfehlen Ihnen, für die an die Bauhandwerker zu

leistenden Zahlungen sich der Bankanweisungen zu bedienen, welche wir Ihnen nach Eröffnung des Kredites zustellen werden. Wo es sich um kleinere Baukredite handelt, behalten wir uns vor, die Zahlung direkt an die Bauhandwerker zu leisten.

Ist die Ausführung der Baute an einen Unternehmer (Baumeister) verakkordiert, welcher einzelne Bauarbeiten an Unterakkordanten (Bauhandwerker) zu vergeben hat, so haben sowohl diese als auch der Unternehmer für ihre Bauforderungen einen Anspruch auf Errichtung eines *gesetzlichen Pfandrechtes am Baugrundstück* und ein *Anfechtungsrecht* gegenüber bestehenden vertraglichen Pfandrechten.

In diesem Falle werden die vom Bauherrn an den Unternehmer zu leistenden Zahlungen dem letztern in einer *Kreditorenrechnung* unter Belastung des Kontos des Bauherrn gutgeschrieben und der Unternehmer hat gemäss einem von ihm einzureichenden *Verzeichnis der beteiligten Bauhandwerker und ihrer Forderungen* über die ihm kreditierten Beträge zu verfügen.

Von diesem Verfahren kann nur Umgang genommen werden, wenn zur Sicherung der Ansprüche der Baugläubiger *Kaution* geleistet oder die Bank gemäss *spezieller Vereinbarung* von der Kontrolle entbunden ist.

Auch im letztern Fall ist der Bank ein wahrheitsgetreues Verzeichnis der beteiligten Bauhandwerker einzureichen, und es sind ihr zur Kontrolle der Richtigkeit des Verzeichnisses die bezüglichen Bauverträge zur Einsicht vorzulegen.

Die Bank hält sich an ihre Kreditzusicherung nur für gebunden, wenn den oben erwähnten oder speziell vereinbarten Bestimmungen über die Benutzung des Kredites von den Bauherren resp. Unternehmern nachgelebt wird.

Die Zinsbelastung beträgt zur Zeit % per Jahr, dazu wird % Kommission pro Quartal oder Bruchteil berechnet.

Die mitfolgende *Unterschriftenkarte* ist von Ihnen zu unterzeichnen und die *Unterschrift amtlich beglaubigen* zu lassen.

Bellinzona
arti grafiche Arturo Salvioni & Co.
1952